

Università degli Studi di Napoli “Federico II”

Dottorato di Ricerca in “*Diritto ed Economia*” XIX Ciclo

IL SOFT LAW

Dottorando: Dott. De Luca Piero

Tutor: Prof. Sandro Staiano

PARTE PRIMA

INTRODUZIONE

Il *soft law* è un concetto di elaborazione dottrinale che trova il suo fondamento nell'analisi della complessa realtà giuridica contemporanea.

L'osservazione della irreversibile evoluzione cui sono sottoposti gli ordinamenti giuridici nazionali, internazionale e comunitario, dalla fine degli anni Settanta ad oggi, rischia di mettere in crisi la classica rappresentazione ed elaborazione dottrinale del “*Diritto*”.

Si assiste ormai “quotidianamente” al proliferare di atti e strumenti, fino a poco tempo fa assolutamente sconosciuti al mondo giuridico tradizionale, cui ricorrono con disinvoltura tutte le Istituzioni politiche, legislative e amministrative mondiali, statali e comunitarie.

Siamo in presenza di una vera e propria rivoluzione del modo di intendere il fenomeno della produzione normativa, a qualunque livello essa si situi.

Tutti gli ordinamenti giuridici si trovano oramai invasi da un variegato insieme di atti e di regole ad essi totalmente estranei e sconosciuti, ma che tuttavia si pongono *de facto* in silenziosa e talvolta addirittura aperta ed esplicita “competizione” con le norme legittimamente in vigore.

Una lucida osservazione della realtà giuridica contemporanea mostra l'azione costante di strumenti alternativi alle istituzionali fonti di produzione del diritto che, pur assumendo la forma di atti *extra ordinem*, di tale *ordinem* fanno innegabilmente parte, e che tale *ordinem* di fatto contribuiscono, in alcuni settori, concretamente a realizzare o modificare.

È un fenomeno sconvolgente per un giurista tradizionalmente ancorato alle rassicuranti certezze e dogmi per i quali un ordinamento è tale in quanto per definizione è in grado di rinvenire all'interno di se stesso gli elementi che consentano di superare eventuali contraddizioni e antinomie o di colmare possibili lacune, determinate talvolta anche da evoluzioni tecnologiche, scientifiche o

culturali.

Qualsivoglia ordinamento giuridico è, o dovrebbe essere, intrinsecamente assolutamente autoreferenziale.

Il fenomeno del *soft law* sta ponendo in crisi tale autonomia ed autoreferenzialità.

L'analisi della realtà giuridica contemporanea ha evidenziato che il sorgere e l'affermarsi di nuovi strumenti di regolazione della società rinviene le sue cause principali nella presenza di un insieme di fattori di natura storica, politica, economica e sociale che hanno indiscutibilmente contribuito a creare le condizioni di fondo per lo sviluppo di tecniche e formule normative quanto meno originali ed innovative.

A tal riguardo appare evidente che sin dall'ultimo ventennio del Secolo scorso l'istituzione legittimamente deputata ad organizzare e gestire le differenti comunità territoriali organizzate intorno a regole e valori istituzionali ed organizzativi sia andata indiscutibilmente in crisi.

Lo Stato nazione sovrano di derivazione liberale, fondato sui cardini del positivismo giuridico, attraversa un momento di profonda crisi di legittimazione derivante dalla oggettiva, ormai strutturale, difficoltà di gestire le collettività di cui dovrebbe porsi come massima espressione rappresentativa.

Diretta conseguenza di tale stato di cose è la crisi dello strumento regolamentare principe dell'istituzione statuale, la Legge formale, la quale appare difficilmente in grado di gestire la complessa, multiforme e mutevole realtà socio-economica contemporanea.

D'altra parte le condizioni economiche, politiche e sociali dell'attuale società mondializzata globale creano delle serie difficoltà operative altresì alle istituzioni di natura internazionale, così come a quelle di livello comunitario, le quali sono chiamate sempre più spesso a dare risposte a problematiche nuove ed attuali con strumenti giuridici spesso inadeguati se non talvolta addirittura

obsoleti.

Il *soft law* rappresenta, allora, un complesso insieme di tecniche e strumenti di produzione normativa che trae la sua ragion d'essere nella strutturale inadeguatezza delle tradizionali fonti di elaborazione giuridica a gestire e dirigere le attuali vicende statali, internazionali e comunitarie.

La dottrina dominante in materia è assolutamente concorde sulle ragioni di natura politico-economica a fondamento delle origini di tale fenomeno *sui generis* nel panorama giuridico tradizionale.

Tuttavia, le analisi e le disamine effettuate dalla maggior parte degli studiosi sono solite considerare gli strumenti e le regole di *diritto attenuato* quali espressione di un automatico, spontaneo, quasi naturale processo di reazione alle difficoltà che le tradizionali fonti formali di produzione normativa *hard* incontrano in taluni specifici settori legati soprattutto allo svolgimento di attività di natura economica commerciale ed imprenditoriale.

Secondo la logica propria delle teorie più accreditate in materia, il *soft law* comprende un complesso di fonti, tecniche regolamentari e precetti di natura *atipica* che naturalmente le istituzioni statali, internazionali e comunitarie hanno cominciato ad utilizzare in un momento storico segnato dalla obiettiva inadeguatezza dei tradizionali strumenti di produzione giuridica a porre regole in grado di dominare e gestire la realtà contemporanea.

Ma tale ricostruzione non si cura di affrontare, né si sforza di individuare il problema delle logiche che hanno sotteso e continuano a sottendere all'utilizzo di fonti strutturalmente alternative a quelle classicamente formalmente riconosciute dai differenti ordinamenti considerati.

L'utilizzo di fonti *sui generis* non riconosciute dai sistemi giuridici nei quali, *de facto*, si trovano *effettivamente* ad operare, non ha destato il minimo interesse in merito alla comprensione delle motivazioni profonde e della ratio che ha indotto le differenti multi-level istituzioni a creare ed adottare nuove formule, nuovi contenitori giuridici per gestire in maniera più adeguata la società

attuale.

Il *soft law*, invero, è spesso considerato alla stregua di un concetto di natura semplicemente descrittiva, in grado di ricomprendere in sé l'insieme frammentato di tutte le nuove manifestazioni giuridiche contemporanee che in maniera spontanea e caotica si affiancano, nella prassi costante, ai tradizionali strumenti di normatività *hard*.

Tale atteggiamento, però, non appare pienamente condivisibile.

Il *diritto attenuato*, al contrario, esprime un complesso insieme di strumenti razionalmente, volontariamente, scientemente ideati e plasmati dai vari attori pubblico-istituzionali presenti nei differenti ordinamenti giuridici al fine di ottenere un risultato ben preciso, quello di riuscire a gestire i complessi cambiamenti dell'attuale società globale che altrimenti sfuggirebbero al controllo politico e giuridico per rispondere esclusivamente a logiche di natura economica e commerciale.

A nostro avviso, dunque, le fonti e le norme espressione di *soft law* rappresentano sempre una manifestazione di *ius publicum*, quale diritto prodotto, o quanto meno indirizzato, orientato, controllato da parte delle istituzioni pubbliche dei differenti ordinamenti dati, anche laddove gli attori protagonisti della concreta effettiva elaborazione regolamentare siano soggetti di natura chiaramente privata.

Il *droit mou*, pertanto, costituisce un tentativo di razionalizzare, di inquadrare all'interno di schemi di natura giuridica eventi altrimenti gestiti solo ed esclusivamente da logiche fondate sul principio cardine della dottrina microeconomica, la massimizzazione del profitto.

Lo sviluppo di tecniche e fonti di produzione giuridica alternativi a quelli tradizionalmente riconosciuti, corrisponde, dunque, ad un'esigenza di *ratio* giuridica in grado di prevalere sulle individualistiche logiche produttive che sembrano in taluni settori della vita sociale aver preso il sopravvento sulle regole di diritto determinando ed orientando i comportamenti degli attori non solo privati, ma talvolta anche pubblici.

In taluni ambiti, allora, il *soft law* rappresenta davvero l'unica possibilità di dare nuovo slancio e vigore al "fenomeno giuridico" rendendolo più concreto ed effettivo, al fine di recuperare il controllo e dominare le dinamiche socio-economiche contemporanee.

Il presente lavoro è animato dalla volontà di rinvenire le manifestazioni più rilevanti e significative di *soft law* nel quadro delle relazioni internazionali, nell'ambito dell'ordinamento statale italiano, con un particolare approfondimento riservato alle peculiarità del contesto giuridico comunitario, senza alcuna pretesa tuttavia di fornire una elencazione tassativa delle multiformi e variegate manifestazioni di *diritto attenuato*, ma piuttosto con l'intento di cogliere gli aspetti problematici legati alla sua potenziale "efficacia giuridica pratica" in relazione alle caratteristiche peculiari di ogni singolo ordinamento considerato.

A tal fine grande attenzione sarà rivolta, allora, all'individuazione delle caratteristiche strutturali e funzionali proprie delle differenti espressioni di *diritto morbido*, nonché alla comprensione delle motivazioni profonde che spingono all'utilizzo di fonti e regole alternative a quelle tradizionalmente deputate alla produzione di norme giuridiche *hard*.

Ma un rilievo determinante assumerà altresì l'individuazione dei soggetti pubblici e talvolta anche privati in grado di adottare atti produttivi di norme *soft*, e di conseguenza la relazione che intercorre tra tali strumenti potenzialmente giuridici e le fonti di produzione di diritto formalmente.

Così come, infine, particolare cura sarà riservata all'analisi degli effetti riconducibili a quella che abbiamo definito "efficacia giuridica pratica" degli atti di *diritto attenuato*, con specifico riferimento all'operato del potere giurisdizionale nazionale e comunitario, il quale ha consentito di assicurare una reale, effettiva ed efficace *giustiziabilità soft* alle fonti ed alle norme di *soft law*.

CAPITOLO I

Una prima definizione generale del soft law

SOMMARIO: 1. *Il concetto di soft law nell'elaborazione dottrinale* ; - 2. *L'estensione materiale del soft law*; - 3. *Una prima definizione di soft law* ; - 4. *Il soft law è intrinsecamente estraneo al mondo del diritto ?* ; - 5. *Soft law e nuova teoria delle fonti*.

1. L'evoluzione del concetto di soft law nell'elaborazione dottrinale.

1.1. Il concetto di *soft law* cominciò ad apparire con sempre maggior frequenza nella letteratura giuridica pubblicistica intorno ai primi anni Settanta¹, soprattutto grazie agli studi condotti dal Professore Dupuy² che ne fu il primo vero teorico.

Molti autori e soprattutto tanti operatori della giustizia (avvocati e magistrati), d'altra parte, sin dalle prime fasi della elaborazione dottrinale del *soft law*, diedero vita ad una fiera e tenace opposizione sostenendo con forza, ancora fino alla fine degli anni Ottanta, il valore indiscutibilmente **meta-giuridico** di tali atti di contenuto ed efficacia ignoti alla dottrina tradizionale³.

¹ Michelle Cini, "From soft law to Hard law?: Discretion and Rule-making in the Commission's State Aid Regime", EUI Working papers, RSC N°2000/35, pag. 4.

² R.J. Dupuy sviluppò le sue analisi sul *soft law* per la prima volta nel 1973, nella sua raccolta del dibattito della Hague Academy sul *The Protection of the Environment and International Law*, Sijthoff, Leiden, 1975, pagg. 623-627; e R.J. Dupuy, *Droit déclaratoire et droit programmatore : de la coutume sauvage à la soft law*, in *L'élaboration du droit international public*, Colloque de Toulouse, Société Française de Droit International, Pedone, Paris, 1975, pagg. 132-148.

³ Si veda, in particolar modo, la posizione manifestata da Arangio-Ruiz in occasione del dibattito del 1973 della Hague

La critica principale che si opponeva al concetto di *soft law* era la sua palese *contradictio in terminis*.

Ed invero, *soft law* privo di effetti legali non è considerabile come *law*, laddove invece *soft law* fornito di effetti legali è senza dubbio *hard law*⁴.

Delle due l'una, una rigorosa ermeneutica di tale espressione concettuale non lascia evidentemente spazio ad altre valutazioni di mezzo.

Ciò nonostante, alcuni studiosi, con ammirevole lungimiranza, cominciarono, tuttavia, in tale periodo a prospettare e a sostenere l'idea di una possibile *efficacia giuridica pratica*⁵ di quegli atti ricompresi nel *genus* del *soft law*, lasciando intravedere la possibilità di immaginare l'esistenza di un *tertium genus* di fonte di produzione del diritto.

Tale spunto fu rapidamente raccolto dalla dottrina che si occupava di studi giuridici concernenti l'Europa⁶ la quale inizialmente focalizzò la sua analisi soprattutto sull'individuazione degli aspetti positivi e negativi legati alla proliferazione di questi nuovi sconosciuti strumenti di azione politico-istituzionale⁷, senza curarsi assolutamente di razionalizzarli o categorizzarli.

E proprio questa rappresenta una delle più evidenti lacune delle numerose indagini riguardanti il tema del *soft law*.

Una delle esigenze maggiormente avvertite, invero, quando ci si accinge – ed ormai lo si fa con sempre maggiore frequenza – ad analizzare il *diritto attenuato* è quella di comprendere effettivamente di cosa si parli, quale sia cioè l'oggetto specifico dello studio.

Per soddisfare tale esigenza bisognerebbe fornire una risposta chiara, precisa e tendenzialmente definitiva a due interrogativi di fondo, preliminari a qualsiasi indagine in materia.

Academy, op. cit., pagg. 540-544; ed ancora la posizione del D. Thurer, in *Soft law eine neue Form von Volkerrecht*, in *Revue de Droit Suisse*, 1985, pag. 432.

⁴ In merito a tali critiche si legga J. Lachs, *The Threshold in Law-Making*, in *Volkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte, Festschrift fur Hermann Mosler*, Springer Verlag, Berlin, 1983, pagg. 493-500.

⁵ Si veda, a tal riguardo, quanto emerge da Wellens K. C., and Borchardt G. M., "*Soft law in European Community law*", *European Law Review*, 1989, Vol. 14, pagg. 267-321.

⁶ Baldwin R., Houghton J., "*Circular arguments: the status and legitimacy of administrative rules*", *Public Law*, 1986, pagg. 239-284.

⁷ Tale metodo di indagine e di approfondimento, d'altra parte, ha continuato ad appassionare numerosi studiosi fino ai giorni nostri. Basti pensare, al riguardo, al contributo di Beveridge F., Nott S., "*A hard look at soft law*", in P. Craig and C. Harlow, eds. *Law making in the European Union*, The Hague, Kluwer Law International, 1998.

Innanzitutto, appare opportuno delimitare l'oggetto dello studio da un punto di vista sostanziale affrontando il quesito di cosa sia il *soft law*, o più precisamente cosa si intenda per *soft law*.

In secondo luogo, una volta delimitato e chiarito l'ambito materiale di analisi, diviene necessario ed ineludibile provare ad individuare quali siano le caratteristiche strutturali peculiari minimali proprie di tutti le manifestazioni di *soft law* contemporaneo al fine di comprendere se ci si trovi in presenza di un fenomeno riconducibile nell'alveo della giuridicità oppure no.

Ed invero, al riguardo, la quasi totalità degli studiosi che si accinge ad affrontare problematiche legate al *droit mou* si cura soprattutto di analizzare quelli che sono i suoi eventuali effetti giuridici pratici, ed il rapporto con gli effetti giuridico-normativi propri del diritto tradizionale, soprattutto per quel che riguarda la possibilità di assicurare una certa giustiziabilità seppur *soft* alle regole *attenuate*. Ma raramente è sviluppata in maniera convincente la problematica legata alla comprensione della "qualità" del *soft law*, al fine di chiarire se si tratti di un complesso e multiforme fenomeno di natura effettivamente giuridica oppure di stampo semplicemente politico, esortativo, morale o sociale.

Qui di seguito provvederemo a dare una soluzione al primo interrogativo sollevato, dopodiché nel paragrafo successivo affronteremo la seconda consequenziale questione.

2. *L'estensione materiale del soft law.*

2.1. Il *diritto attenuato* configura un concetto comunemente utilizzato in accezioni differenti da parte dei vari orientamenti dottrinali.

Alcuni lo considerano un contenitore che racchiude in sé una tipologia peculiare di *atti*, e dunque di vere e proprie *fonti*, seppur assolutamente caratteristiche, di diritto.

Altri, invece, ritengono che il termine *soft law* delinei nient'altro che una **tecnica normativa**, e quindi rappresenti una modalità di produzione di norme.

Altri autori ancora sostengono, dal canto loro, che *soft law* comprenda in sé tanto una tipologia di atti, quanto una tecnica di regolazione.

Una dottrina differente, poi, considera tale concetto come l'espressione di una particolare tipologia di norme giuridiche. Il *law soft* è una formula linguistica che esprime una nuova, differente, moderna nozione del **diritto**, inteso come insieme complesso di **norme** e di **regole morbose**, le quali si pongono come precetti dotati di una loro indiscutibile giuridicità, pur non presentando le caratteristiche tipiche delle norme giuridiche individuate dalla tradizionale e consolidata dottrina pubblicistica.

Altri studiosi, infine, individuano nella nozione *soft law* l'insieme di atti e strumenti giuridici morbidi e delle norme di carattere giuridicamente attenuato prodotte da tali fonti.

2.2. L'analisi di tali differenti proposte interpretative impone, d'altro canto, l'obbligo di operare un grande chiarimento metodologico preliminare.

Le differenti dottrine che abbiamo elencato, infatti, corrono il rischio di confondere, mettendoli sullo stesso piano, due alternativi campi d'indagine.

Non è chiaro, invero, se tali valutazioni intendano fornire un'interpretazione volta ad individuare le diverse tipologie fenomenologiche concrete riconducibili di fondo al *genus soft law*, oppure se le analisi sopra riportate si sforzino di individuare ed evidenziare gli elementi strutturali minimali caratterizzanti tutte le manifestazioni empiriche di *soft law*.

Insomma, parte della dottrina, ogni qualvolta affronta da un punto di vista critico il concetto *soft law* omette spesso di chiarire se la sua analisi sia finalizzata a fornire una definizione di natura esemplificativa ed esplicativa intesa a mostrare tutte le possibili sfaccettature del fenomeno, o se tale analisi sia rivolta alla ricerca di una definizione che sia di tipo analitico-strutturale, in grado di

comprendere le caratteristiche di fondo ricorrenti in tutti i fenomeni rientranti nella più ampia nozione di *soft law*.

2.3. Ad avviso dello scrivente, le varie interpretazioni sopra riportate, se considerate nel loro insieme, hanno il pregio di mostrare tutte le possibili manifestazioni di *soft law* attualmente rinvenibili nella prassi istituzionale nazionale e sopranazionale contemporanea.

Ma le differenti valutazioni sopra elencate non danno certamente contezza alcuna di quelli che sono i tratti strutturali peculiari dell'intera fenomenologia *soft law*, ammesso che ve ne siano.

Orbene, pur alla luce di tale preliminare chiarimento metodologico, d'altra parte, ci sentiamo di non condividere fino in fondo alcuna delle succitate valutazioni per quanto concerne la rappresentazione delle espressioni e manifestazioni concrete che vengono ormai usualmente ricondotte nell'alveo del più ampio e omnicomprensivo concetto dottrinale del *soft law*.

2.3.1. Innanzitutto, riteniamo assolutamente parziale ed estremamente riduttiva la limitazione del fenomeno *soft law* nell'ambito di una particolare "tipologia di fonti" di regole che assumono poi valore giuridico o soltanto politico, a seconda delle differenti scuole di pensiero.

Non può circoscriversi tale fenomeno soltanto all'interno di un'analisi, pur necessaria – si badi bene – di teoria delle fonti.

Tale analisi coglie un aspetto del fenomeno, il quale, però, non si esaurisce integralmente in una nuova nozione di fonte *sui generis* di produzione di un diritto attenuato.

2.3.2. Né, d'altra parte, può condividersi l'impostazione di quanti considerano il *soft law* soltanto alla stregua di una tecnica di regolazione. Tale dottrina opera una commistione tra l'oggetto della nostra analisi e il più ampio *genus* della cd. ***soft regulation***.

Con questo termine si fa riferimento a norme legislative (o anche provenienti da autorità regolative istituzionali, come le autorità indipendenti), meno dettagliate, più aperte e ricche di

clausole generali (caratterizzate da espressioni quali “in quanto possibile”, “miglior protezione realizzabile”...). Ma bisogna chiarire che si tratta pur sempre di norme cogenti di *hard law*, la cui principale caratteristica consiste nella previsione di disposizioni di carattere ampio e generale che devono essere “riempite di contenuto” ad un livello diverso di produzione regolativa, sia esso pubblico o privato⁸.

Il *soft law* ricomprende, invece, una varietà talmente eterogenea di fenomeni che non può essere soffocata in una semplicistica nozione di nuova e peculiare tecnica di regolazione. Non sempre, infatti, le norme di *soft law* sono conformi ad una modalità regolativa caratterizzata dall'utilizzo di clausole precettive elastiche e generali e dunque non invasive. Vi sono, invero, numerosissimi esempi di regole di diritto morbido espressione di formulazioni normative assolutamente precise e chiare, alla stessa stregua di una norma di diritto cogente.

Non è questa, dunque, l'unica manifestazione pratica del diritto morbido.

Certo, in alcuni casi l'espressione *soft law* è utilizzata dagli studiosi, dagli operatori del diritto, e dai soggetti istituzionali per indicare una nuova tecnica di regolazione della realtà sociale.

Tuttavia, tale accezione resta ancora circoscritta a limitati settori e macro-aree, la politica sociale o le politiche occupazionali soprattutto comunitarie, nelle quali trovano oramai ampio spazio tecniche di coordinamento *attenuate* delle normative nazionali pur in assenza di specifiche azioni di armonizzazione.

2.3.3. Allo stesso modo, non ci sentiamo di condividere fino in fondo l'interpretazione della dottrina che restringe il campo di applicazione concreto di siffatto fenomeno ritenendolo espressione esclusiva di una nuova tipologia di norme e regole che entrano nella “casa” della giuridicità seppur dalla “porta secondaria di servizio”.

⁸Si veda, a tal riguardo, M. Delfino, *Il soft law nel diritto del lavoro italiano. Un'alternativa all'inderogabilità?*, relazione tenuta al Seminario italo-spagnolo su *L'inderogabilità nel nuovo diritto del lavoro*, svoltosi a Pontignano (SI) l'11 e il 12 ottobre 2002. L'autore sottolinea che la *soft regulation* è, di fatto, un meccanismo spesso già utilizzato anche in ambito giuslavoristico: esempi possono essere rinvenuti in quelle norme che utilizzano clausole generali, come correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.), ove fondamentale è l'intervento giurisprudenziale, oppure norme “aperte”, come l'art. 2104 c.c., ove si fa riferimento alla necessità del lavoratore di “...usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta...”. Come si vede, tutto torna: quest'ultima norma è “aperta”, ed è derogabile perché, come si è messo precedentemente in evidenza, predispone obblighi a carico del lavoratore, con la conseguenza che non è considerato necessario dall'ordinamento il riconoscimento del carattere inderogabile, visto come una particolare tecnica di protezione.

Una simile valutazione condurrebbe a ritenere estranei al *soft law* numerosi processi o strumenti, quali le recenti tecniche regolative comunitarie in materia di politica sociale e del lavoro che, invece, rappresentano a pieno titolo elementi costitutivi fondamentali dell'ampio *genus* del *droit mou*.

2.3.4. In conclusione, allora, possiamo sostenere che il concetto di elaborazione dottrinale definito *soft law* consente di racchiudere in sé e dare così unitaria sistemazione teorica ad un insieme variegato di atti, strumenti, procedure, e norme cui sempre più frequentemente ricorrono consapevolmente attori e soggetti istituzionali internazionali, nazionali e comunitari nel quadro delle proprie azioni giuridiche, politiche ed istituzionali, mediante una sottile, silenziosa e talvolta “distratta” non-curanza di atti, strumenti, procedure e norme legalmente riconosciute dagli ordinamenti giuridici vigenti.

Siffatta nozione dottrinale consente, dunque, di attribuire un legame strutturale, logico e teleologico ad una varietà di fenomeni complessi ed eterogenei la cui analisi singola e separata desterebbe sconcerto e timore in quanti sono ancorati ancora ad una visione classica e tradizionale del mondo del diritto, fondata sul primato logico e ontologico di ogni ordinamento giuridico, al cui “*ordinem*” appunto nessun fenomeno può risultare estraneo, né tantomeno in “pacifico contrasto”, a meno di non volerlo considerare assolutamente *extra-ordinem*, *rivoluzionario* e quindi in aperto conflitto con esso.

3. Una prima definizione di *soft law*.

A conclusione di siffatta preliminare attività di analisi esemplificativa volta a fornire un’idea, seppur assolutamente preliminare e generale, dell’oggetto della nozione materiale di *soft law*, è

ineludibile la risposta al quesito di fondo lasciato ancora insoluto: cos'è il *soft law*, e quali sono quindi le caratteristiche strutturali – ammesso che ve ne siano – che costituiscono la *liaison* tra i diversificati fenomeni ricondotti dalla dottrina nel quadro del *soft law*?

I primi tentativi di descrivere o, piuttosto, circoscrivere il concetto di *soft law* si rinvennero nella dottrina giuspubblicistica ed internazionalistica.

Alcuni autori ritenevano che l'elemento identificante e caratterizzante fosse da individuare in quella che è stata definita la *inadeguata maturità* delle regole contenute in tali atti *soft* dovuta al contenuto non sufficientemente preciso ed al suo scopo vago ed indefinito⁹, che conduceva ad attribuirle natura quasi programmatica piuttosto che normativa.

Altra dottrina considerava come caratterizzante il tratto della esistenza di norme che non creavano diritti ed obblighi giustiziabili, e quindi “ *norms in written form ...with different legal impact, falling short of obligation in the strict sense* ”¹⁰.

Altri ancora, consideravano il *soft law* alla stregua di “ *an umbrella concept for normative phenomena that display the characteristics of law because they are influencing and restricting the will and freedom of their addressees, but on the other hand do not establish a genuine international obligation, but do leave room for a softer obligation* ”¹¹.

Insomma, la dottrina internazionale aveva cercato in varie occasioni di rinvenire dei tratti comuni caratterizzanti l'ampia nozione di *soft law*.

Alcuna formula, sembrava, però, poter soddisfare l'esigenza di racchiudere davvero tutte le diverse e variegate manifestazioni del fenomeno.

Ecco perché, gli studi più recenti in materia, del resto, concordano unanimemente sulla forza

⁹ Su tale punto, si legga R.J. Dupuy, *op.cit.*, pag. 140, laddove traduce il termine *soft law* in *droit mou*, o meglio ancora in *droit vert* ; ed ancora si veda M. Virally, *La distinction entre textes internationaux de portée juridique*, in *Annuaire de l'Institut de Droit International, Session de Cambridge*, vol. 60-I, Pedone, Paris, 1983, pag. 166 e sgg., il quale parla invece di *droit doux* in contrasto con il tradizionale *droit dur*.

¹⁰ R. Baxter, *International Law in “her infinite variety”*, I.C.L.Q. 12, 1989, pag. 565.

¹¹ A. Tammes, *Soft law*, in *Essays on International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, Nijhoff, The Hague, 1983, pag. 187.

quasi omnicomprensiva della definizione elaborata da F. Snyder qualche anno più avanti, secondo cui il *soft law* rappresenta un insieme di “ *rules of conduct which in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effect*”¹².

Effettivamente l'autore sembra aver condensato e sintetizzato quelli che sono i tratti peculiari comuni a tutta la complessa fenomenologia del *soft law*.

Ed invero, la stessa valutazione è stata ripresa successivamente anche da altri studiosi, i quali, seppur con sfumature differenti sottolineano lo stesso concetto di fondo.

Quando parliamo di *soft law* intendiamo far riferimento, dunque, ad un complesso di strumenti, tecniche regolative e fonti di produzione contenenti regole di condotta che, pur assumendo forma scritta in documenti ufficiali privi di forza legale vincolante, nondimeno sono in grado di ottenere degli effetti pratici concreti, quali la capacità di indirizzare ed orientare i comportamenti dei destinatari dei loro precetti.

È questo, infatti, il senso della definizione fornita da altra dottrina, seppur con riferimento più specifico al fenomeno nell'ambito della Comunità Europea, la quale ha affermato che il *soft law* è costituito da “ *rules of conduct which find themselves on the legally non-binding level (in the sense of enforceable and sanctionable), but which according to their drafters have to be awarded a legal scope, that has to be specified at every turn and therefore do not show a uniform value of intensity with regard to their legal scope, but do have in common that they are directed at (intention of the drafters) and have as effect (through the medium of Community legal order) that they influence the conduct of Member States, institutions, undertaking and individuals, however without containing*

¹² F.SNYDER, *Soft law and Institutional Practice in the European Community*, in S.MARTIN, *The Construction of Europe: Essays in honour of Emile Noël*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1994, pp. 198. Identica definizione è fatta propria da D.M.TRUBEK, P. COTTREL and M.NANCE, “*Soft law*”, “*Hard Law*” and *European Integration: Toward a Theory of Hybridity*”, Jean Monnet Working Paper 2/05, New York, 2005.

Nella stessa direzione, poi, va anche un’ulteriore definizione dottrinale, secondo la quale i caratteri comuni a tutte le variegate manifestazioni pratiche considerate *soft law* sono da rinvenire nella presenza di “*rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (in direct) legal effects, and that are aimed and may produce practical effects*” ¹⁴.

Insomma il tratto caratterizzante l’oggetto della nostra analisi è quello di essere costituito nel suo insieme da “...dichiarazioni il cui intento è normativo (nel senso di volto a influenzare la condotta dei destinatari)...definite...come carenti di una piena forza giuridica vincolante, anche perché spesso consistenti nella raccomandazione o indicazione di un corso d’azione come auspicabile, senza che la mancata adesione da parte dei destinatari generi...l’obbligo di far seguire una sanzione prestabilita” ¹⁵.

L’elemento caratteristico fondamentale che emerge da tali definizioni è, invero, la capacità effettiva di talune regole, contenute in strumenti privi di forza giuridica vincolante, di influenzare i comportamenti degli attori privati o istituzionali destinatari di esse, pur non prevedendo una specifica sanzione giuridica in caso di mancato rispetto dei precetti in tali norme contenuti.

Siffatte regole contribuiscono dunque a creare e a dare vita ad un diritto che pur avendo una forza vincolante ed un’attenuata coercibilità, nondimeno produce indiscutibili effetti giuridici pratici.

¹³ G.Borchardt and K. Wellens, *Soft Law in European Community law*, cit., pag. 285.

¹⁴ L.Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pag. 112.

¹⁵ La Spina A. – Majone G., *Lo Stato regolatore*, il Mulino, 1998, pag. 87.

4. Il *soft law* è intrinsecamente estraneo al mondo del diritto ?

Alla luce di tali considerazioni relative alle caratteristiche strutturali di fondo di tutti i fenomeni considerati espressione di *diritto morbido*, l'ulteriore interrogativo al quale è necessario fornire una risposta soddisfacente, allora, è se il *soft law* sia intrinsecamente, strutturalmente estraneo al mondo del diritto, oppure se le perplessità condivise dalla dottrina più tradizionalista siano frutto di un pre-giudizio, piuttosto che il risultato di uno studio rigoroso ed approfondito della materia.

La riflessione, allora, deve orientarsi sia pur incidentalmente, sull'analisi di quelle che sono le caratteristiche classiche che consentono di attribuire ad una norma la caratterizzazione di "norma giuridica".

La dottrina tradizionale considera precetti dotati di giuridicità tutti quei " *comandi coattivi che non riguardano casi singoli o persone individuate, ma concernono fattispecie ipotetiche e categorie tipiche di destinatari* ".

Pertanto, i caratteri costitutivi della norma giuridica sono stati individuati nella: *positività, esteriorità, generalità ed astrattezza, e coattività* ¹⁶.

Quest'ultima caratteristica, pur rappresentando un elemento definitorio del precetto giuridico, è evidente che rappresenta una caratteristica concernente gli eventuali sviluppi patologici del rapporto comando-azione. È dunque un elemento strutturale di "retroguardia" che pur non aparendo e non intervenendo inizialmente nel mondo giuridico costituisce il baluardo eretto contro eventuali inosservanze del precetto giuridico.

Una norma è giuridica, dunque, se è coattiva, ed è coattiva se l'ordinamento ha predisposto gli strumenti di volta in volta più opportuni affinché il precetto sia eseguito o sia osservato anche contro o in assenza della volontà del destinatario, in via eventualmente coercitiva.

¹⁶Si legga, tra i tanti, Martinez T., *Diritto Costituzionale*, Giuffrè Editore, 1998, pag. 56.

È proprio il potenziale ricorso in ultima istanza a tali strumenti che distingue una regola giuridica da altro tipo di comandi di natura sociale, etica, morale o religiosa.

D'altra parte, sin dalla seconda metà del XIX Secolo, la dottrina giuridica ha costruito gli ordinamenti giuridici intorno agli Stati Nazione, i quali, in quanto tributari di quel potere sovrano che consente di “decidere nello stato d’eccezione”, erano le uniche Istituzioni titolari del potere legittimo di ricorso in ultima istanza alla forza al fine di far rispettare le proprie regole costitutive istituzionali ed organizzative.

L’ordinamento giuridico è stato così equiparato, fin dagli albori dei primi Stati nazionali moderni, agli ordinamenti statali, in quanto solo questi ultimi potevano garantire l’uso legittimo della forza per consentire alle norme giuridiche di essere fatte rispettare anche eventualmente in via coercitiva, garantendo così la “giuridicità delle norme giuridiche”.

Qualora la violazione della norma non consenta il soddisfacimento o la protezione dell’interesse protetto, la sanzione consentirà di ristabilire l’equilibrio assicurato dal rispetto del valore considerato meritevole di protezione da parte dell'ordinamento giuridico.

La “*sanzione*” rappresenta, dunque, il contraltare della coattività.

Cos’è che, allora, crea difficoltà in dottrina ad “ammettere” che gli atti di *soft law* producano diritto e siano, come tali, senza dubbio, fonti di norme giuridiche?

Certamente non può essere il contenuto e la formulazione linguistica che caratterizza la più parte di tali atti di *soft law*.

La struttura lessicale delle formule del *soft law* non può essere assolutamente considerata un elemento di caratterizzazione rispetto a norme di *hard law*.

Ed invero, la dottrina dominante distingue anche all’interno della categoria delle norme giuridiche le regole *incondizionate* e quelle *condizionate*¹⁷. Gran parte delle norme che esprimono

¹⁷Si veda, al riguardo Pastore B., *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in Lavoro e Diritto, 2003, pag. 11.

un enunciato volto ad orientare i comportamenti sociali dei destinatari, quali ad esempio le disposizioni di principio, presentano un linguaggio ed una struttura lessicale indicante soltanto un fine da perseguire ed un obiettivo da raggiungere¹⁸ che le collocano, per il loro carattere non condizionale, a *mi-chemin* tra una formulazione giuridica e l'espressione di una volontà politica.

Né tantomeno, a nostro avviso, può rappresentare uno sbarramento assoluto la mancanza di previsione di una chiara, puntuale e “violenta” sanzione in caso di inosservanza dei precetti di *soft law*, l'elemento determinante per consentire di espungere dal mondo giuridico tali fenomeni precettivi.

Certo, gli effetti giuridici del *diritto morbido* sono indiscutibilmente attenuati anche e soprattutto in virtù del fatto che i suoi precetti non sono accompagnati da alcun tipo di sanzione intesa nel senso classico del termine.

Tuttavia, tale inesistenza di un vero e proprio strumento punitivo dell'inottemperanza della regola concreta, non deve condurre in errore lo studioso del fenomeno del *soft law*, il quale semplicisticamente potrebbe sostenere che poiché vi è mancanza di sanzione la norma non può essere considerata fonte di *law* tantomeno *soft*.

Ed invero, non può disconoscersi che la eventuale “violazione” di quei precetti, che a giusto titolo si fanno rientrare nell'alveo della complessa fenomenologia denominata *soft law*, determina delle conseguenze pratiche concrete. I destinatari del *law soft*, infatti, sono soggetti indiscutibilmente ad una *soft obligation*, la quale può senza dubbio eventualmente ingenerare sanzioni di natura economica, politica, o talvolta addirittura amministrativa che, pur non essendo statuite da un'autorità giurisdizionale, condizionano e incidono sulle azioni e i comportamenti dei destinatari.

Probabilmente, è giunto davvero il momento di immaginare di modificare la concezione

¹⁸Sul tema, si legga Guastini R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pagg. 57-59; ed ancora Viola F., Zaccaria G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pagg. 367-368.

tradizionale della “sanzione” come elemento costitutivo della norma giuridica.

A tal proposito, invero, non bisogna operare mitizzazioni del rapporto tra coercizione e sanzione. *Non tutte le norme giuridiche, infatti, esprimono un comando assistito, in caso di inosservanza del precetto, da una sanzione*¹⁹.

Il diritto è sempre stato costituito da una variegata tipologia di precetti al fine di orientare e determinare i comportamenti dei loro destinatari a seconda dei settori e delle aree di intervento normativo. Tali norme sono state sempre distinte ed ordinate, pertanto, in base al loro rispettivo grado di intensità precettiva²⁰.

La dottrina, al riguardo, ha enucleato, invero, tutta una serie di figure di regole che pur avendo indiscutibile natura giuridica, non sono supportate da *immediata, diretta e specifica* sanzione volta a tutelarne il rispetto e l'esecuzione.

Possiamo elencare le *norme istituzionali*, le *norme organizzative*, le *norme permissive*, le *norme definitorie*, le *norme promozionali*, le *norme programmatiche* caratteristiche della nostra Costituzione e tipiche di uno Stato sociale di diritto. In tutti questi casi la sanzione, pur non essendo direttamente presente in un unico disposto normativo, o pur non essendo oggetto di un autonomo collegato precetto giuridico, è in ogni caso presente come *elemento sistemico*.

La sanzione è rinvenibile, dunque, spesso, anche nello stesso sistema giuridico di cui una norma partecipa come parte di un tutto.

Si può, allora, sostenere senza tema di essere smentiti che la gradazione dei livelli di vincolatività tra norme giuridiche, cui rinvia inevitabilmente la dicotomia tra *law hard* e *soft*, non è elemento nuovo e sconosciuto al mondo del diritto²¹.

È per tale ragione, allora che non può condividersi la valutazione della dottrina pubblicistica

¹⁹Martinez T., *Diritto Costituzionale*, Giuffrè Editore, 1998, pag. 58.

²⁰Si consideri, a tal proposito, il contributo di Bobbio N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, pag. 188.

²¹Tale considerazione è pienamente condivisa dalla dottrina maggioritaria, tra cui, di recente, Pastore B., *op. cit.* pag. 11

dominante, nelle cui considerazioni il “*coniugare un esiguo potenziale autoritativo ad un livello variabile di effettività e di rilevanza giuridica ha fatto sorgere l'impressione che il soft law resti ai margini del campo delle vere fonti del diritto*”²².

5. *Soft law e nuova teoria delle fonti.*

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, emerge un'immagine del *soft law* come un insieme eterogeneo di fonti di produzione di regole che assurgono al rango della giuridicità, sia pur di una giuridicità attenuata, nel momento in cui diventano concretamente *efficaci* ed *effettive*.

Siamo, dunque, in presenza di fonti-atto.

Ma, come è assolutamente evidente, di tali strumenti di produzione del diritto non vi è menzione alcuna in nessuna norma giuridica sulla produzione che in ogni ordinamento statale, internazionale, comunitario, è istituzionalmente deputata all'individuazione formale e definitiva degli atti o fatti in grado di essere la scaturigine di regole di condotta giuridicamente rilevanti.

Di tali nuovi atti di *soft law* non si parla in nessun luogo.

C'è una sorta di terrore a riconoscere e cristallizzare in una formula giuridica l'esistenza, incontestabile, di fatto, di strumenti in grado di produrre un diritto attenuato. Probabilmente c'è anche una vera e propria riluttanza a sancire per iscritto un'espressione ossimora che vede il sostantivo *diritto* accompagnato da un aggettivo classicamente in contrasto con esso quale *attenuato* o piuttosto *morbido*, in quanto tale elaborazione rappresenterebbe l'ammissione di una sconfitta e la distruzione ufficiale di oltre un secolo di cultura fondata sul positivismo giuridico in una norma di individuazione delle fonti.

A nostro avviso, invece, il riconoscere formalmente la presenza nel mondo giuridico

²²Pastore B., *op. cit.*, pag. 9. La riflessione continua, poi, sostenendo che si potrebbe forse parlare di *elusività* del soft law. Ma tale carattere sfuggente della nozione “*non appare una ragione determinante al fine di minimizzare la funzione che un diritto elastico, dissociato dalla rigidità della legge e rimesso alla prassi interpretativa, può svolgere. Nello scenario odierno, infatti, il diritto tende ad accentuare le proprie valenze interattive e comunicative proceduralizzandosi ed assumendo moduli espressivi più fluidi*”.

contemporaneo di strumenti che quotidianamente creano regole di condotta in grado di orientare ed indirizzare i comportamenti delle istituzioni pubbliche e private così come degli operatori economici privati e dei semplici cittadini, rappresenterebbe nient'altro che la sottoscrizione di un armistizio in grado di porre fine ad una guerra che ha ormai di fatto, nella prassi, piegato le resistenze della dottrina legata alla nozione di giuridicità propria della tradizione statualistico-positivistica.

Certo, la firma di tale armistizio porterebbe con sé alcune inevitabili conseguenze.

Una delle più evidenti sarebbe rappresentata dalla necessità di rivedere, in sede dottrinale, la teoria tradizionale formale e prescrittiva delle fonti, in virtù della quale l'individuazione delle fonti è una ricerca solo ed esclusivamente di diritto positivo²³.

Secondo la classica nozione formale, si considera “*fonte del diritto l'atto o il fatto **abilitato** dall'ordinamento giuridico a produrre norme giuridiche, cioè a innovare all'ordinamento giuridico stesso*”²⁴. Con tale espressione si riassume l'orientamento per il quale fonte del diritto è da considerare ogni strumento ***espressamente autorizzato*** dall'ordinamento ad introdurre modifiche e innovazioni a se stesso, a prescindere da qualsivoglia valutazione di carattere sostanziale concernente il contenuto del precetto.

D'altra parte, il panorama giuridico contemporaneo fornisce il quadro di una giuridicità multiforme e dinamica prodotta da soggetti spesso non abilitati da alcuna norma sulla produzione, e secondo procedure non codificate da alcuna regola giuridica preliminare.

Insomma si assiste al proliferare di un vasto repertorio di strumenti precettivi informali che, pur non essendo abilitati formalmente da alcuna norma di riconoscimento, nondimeno, di fatto, producono regole di condotta di natura giuridica.

Si assiste, allora, alla conclamata ed indiscutibile impossibilità di ricondurre il sistema delle

²³Tra i sostenitori di tale impostazione logica e metodologica, si veda Martinez T., *Diritto Costituzionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1998; Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984; Alpa, *I principi generali e le fonti del diritto*, in *Pol. Del dir.*, 1992, pagg. 635 e sgg.; Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996; Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1993.

²⁴Bin R., Pitruzzella G., Giappichelli Editore, Torino, 2002, pag. 267.

fonti di qualsivoglia ordinamento giuridico contemporaneo a delle semplicistiche elencazioni fondate sul criterio del *nomen iuris* o sul procedimento di formazione, o ancora sull'istituzione competente.

Bisogna passare, dunque, da una nozione formale ad una nozione chiaramente “materiale” del concetto di fonte di diritto, in base alla quale, al fine di conoscere la portata normativa di un qualsivoglia strumento regolativo, occorre necessariamente identificare in concreto il suo contenuto ed il suo risultato pratico.

Ed invero, non si può continuare a disconoscere il ruolo di vere e proprie *fonti-atto* a tutto quel variegato ed eterogeneo strumentario di regole che la dottrina fa rientrare nel concetto di *soft law*.

Dobbiamo prendere atto che *fonte* diviene un concetto che rimanda all'insieme dei fattori che influiscono sulla produzione delle norme e che sono eterogenei tra loro. Così, accanto ad atti che forniscono in via diretta ed immediata all'operatore del diritto la norma giuridica, ve ne sono altri che offrono degli orientamenti, delle ispirazioni, dalle quali, poi, l'interprete deve ricavare, qualora possibile, la norma di diritto²⁵.

Appare evidente, allora, alla luce di tali considerazioni, che l'utilizzazione delle norme prodotte dalle fonti rinvia necessariamente al momento interpretativo ed applicativo, in quanto la ricerca delle fonti stesse diventa una questione d'interpretazione ed applicazione del diritto²⁶.

L'interpretazione diventa, così, elemento interno non più soltanto alla dinamica dell'individuazione e corretta applicazione al caso concreto della norma generale ed astratta, ma elemento intrinsecamente strutturato anche alla dinamica delle fonti in grado di fornire norme efficaci da applicare.

Ragion per cui la teoria stessa delle fonti non può più essere considerata come rapporto statico tra atti e norme da essi prodotte, muovendo dall'assunto che si tratti di “monadi” in sé conchiuse,

²⁵Sul tema è interessante la riflessione, seppur datata, svolta da Ross A. in *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965.

²⁶Si veda, a riguardo, Viola F., Zaccaria G., *op. cit.*, pagg. 316-317.

considerabili in maniera atomistica²⁷, ma si intreccia indissolubilmente con la teoria stessa dell'interpretazione.

La giuridicità di ogni norma, dunque, non può essere assicurata che dalla sua concreta *effettività giuridica*, ossia dalla sua capacità di essere condivisa, seguita ed applicata da tutti i suoi potenziali destinatari, pubblici e privati²⁸.

²⁷Tale espressione è stata utilizzata, per la prima volta da Ruggeri A., in *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in Rp, X/18, pag.73.

²⁸In merito a siffatta conclusione risulta concorde Spadaro A., *Sulla "giuridicità" della Carta Europea dei diritti : c'è ma (per molti) non si vede*, in Ferrari G.F. (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano: Giuffrè, 2001, pagg. 259-260.

CAPITOLO II

Brevi cenni sul diritto internazionale attenuato

SOMMARIO: 1. *La nascita del concetto di soft law nella dottrina internazionalistica* ;
- 2 *Esempi di soft law internazionale: i non binding agreements* ; - 3. *Il soft law prodotto dalle Organizzazioni Internazionali* ; - 4. *La peculiarità dell'Organizzazione delle Nazioni Unite;*
- 5. *Caratteristiche peculiari del soft law internazionale: esiste un fil rouge che collega tutte le sue manifestazioni?* ; - 6. *Le funzioni del soft law internazionale* ; - 7. *Un dibattito ormai classico: il soft law internazionale è desiderabile o evitabile ?;* - 8. *Rules of the game.*

1. La nascita del concetto di soft law nella dottrina internazionalistica.

Per comprendere la reale portata della normativa del *soft law* in diritto internazionale, tuttavia, è necessario analizzare innanzitutto le caratteristiche peculiari dell'ordinamento giuridico sovrastatale.

La Comunità Internazionale, invero, manca di un'Autorità centrale abilitata a produrre diritto; per tale ragione la creazione di *new law* avviene normalmente attraverso un processo di tipo consensuale.

Storicamente, la dottrina internazionalistica individua due fonti riconosciute di produzione di diritto internazionale: la consuetudine ed i trattati.

Il diritto consuetudinario si sviluppa con il passare del tempo attraverso il ripetersi di pratiche

che divengono universalmente accettate dall'intera Comunità internazionale.

I trattati internazionali, invece, assumono la forma e la struttura di “documenti” firmati dai Governi statali i quali volontariamente decidono di vincolarsi al rispetto del loro contenuto nei confronti delle altre parti contrattanti.

La dottrina internazionalistica tradizionale, dunque, ritiene che non vi siano altri strumenti giuridici in grado di produrre diritto e di vincolare dunque gli attori della Comunità internazionale.

Le regole contenute in qualsiasi tipo di atto alternativo assumono una connotazione esclusivamente “metagiuridica”.

Pertanto, pur riconoscendo che esistevano nella prassi corrente degli strumenti alternativi ai classici trattati che rappresentano qualcosa di più di meri impegni politici, si è sempre fermamente negato che essi potessero produrre *law* internazionale²⁹.

È questa la posizione che si rifà all'insegnamento antico del filosofo Hume, il quale riteneva che vi fosse un'unica alternativa in diritto tra regole *legal or illegal* e ***binding or non-binding***³⁰, *tertium non datur*.

Tuttavia, a partire dalla seconda metà degli anni Settanta, alcuni studiosi hanno cominciato ad argomentare in favore dell'esistenza di strumenti normativi utilizzati dagli attori internazionali che, pur non rientrando nelle tradizionali categorie di fonti di diritto, nondimeno vincolavano i loro destinatari in settori delicati quali il diritto dell'ambiente, il diritto allo sviluppo sostenibile e quello dei diritti dell'uomo.

Nel 1976 Wengler, infatti, scrisse che “*the question arises as to whether the strict legal/non-legal division applied in international law in analogy to domestic law could be outdated or*

²⁹ E questa la posizione di autori come, ad esempio, Weil P., *Towards relative Normativity in International Law?* In *American Journal of International law*, 1983, pag. 414-415; e Klabbers J., *The Concept of Treaty in International Law*, The Hague-London-Boston : Kluwer Law International, 1996, pag. 163 e sgg.

³⁰ Hume, *Political Writings*, 1758.

wrong”³¹

Tali nuovi atti producevano dunque una sorta di diritto attenuato, morbido, che perdeva un po' della sua rigidità per piegarsi a valutazioni ed istanze sociali, economiche e culturali, ma che nonostante tutto era da considerare indiscutibilmente *law*³².

L'origine e lo sviluppo del *soft law* era, per tali autori, da ricollegare all'evoluzione ed alle rinnovate esigenze della comunità internazionale e del suo modo di fare diritto³³.

E' nell'ambito del diritto internazionale che nasce per la prima volta il termine di derivazione dottrinale *soft law*³⁴.

Quest'ultima nozione è stata concettualizzata in forma e modi differenti nel quadro degli studi internazionalistici, ma – come già analizzato sopra – il tema comune ricorrente era quello della esistenza di regole di condotta non giustiziabili e quindi prive di forza legale vincolante, in quanto sprovviste di sanzioni legali in caso di mancato rispetto da parte dei loro destinatari.

Una delle più pertinenti definizioni in tal senso è quella fornita da Wellens and Borchardt, i quali hanno considerato il *soft law* come l'insieme di “*the rules of conduct that find themselves on the legally non-binding level (in the sense of enforceable and sanctionable through international responsibility) but which according to the intention of its authors indeed do possess legal scope, which has to be further defined in each case. Such rules do not have in common a uniform standard of intensity as far as their legal scope is concerned, but they do have in common that they are directed at (intention of the authors) and do have as effect (through international law), that the conduct of States, international organisations and individuals is influenced by these rules, however*

³¹ Wengler, JZ, 1976, pag. 197.

³² Si legga, tra i primi autori, Dupuy R.J., in *Droit déclaratoire et droit programmatore : de la coutume sauvage à la “Soft Law”*, in *L'élaboration du droit international public*, Colloque de la Société Française pour le Droit International, Paris : Pédone, 1975, pag. 132 e sgg.

³³ A tal riguardo, è significativo quanto affermato dal giudice Baxter R.R., il quale ha sostenuto che il compito del giurista di diritto internazionale è quello di inventare e produrre nuovi modelli di regolazione in grado di risolvere le controversie tra Stati adattando tali strumenti ai sempre nuovi bisogni, in *International Law in “Her Infinite Variety”*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1980, pag. 549 e sgg.

³⁴ Nell'ampia letteratura v. per un primo orientamento R.R.Baxter, *International Law in Her Infinite Variety*, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1980, 549 ss.; O.Elias, C.Lim, *General Principles of Law, Soft Law and the Identification of International Law*, *Netherlands Yearbook of International Law*, 1997, 3 ss.

*without containing international legal rights and obligations”*³⁵.

D'altra parte, un ulteriore elemento determinante che la dottrina ha riconosciuto al *soft law* è il suo essere, in ogni caso, in grado di orientare i comportamenti dei consociati cui si rivolge.

In tale direzione spinge la considerazione di Bothe, laddove ha sottolineato che “*a non legal commitment is often much easier for a state to accept than a legal one. In all probability, here lies the reason why states do not reject resolutions the terms of which they would by no means accept as a treaty. This presents both an opportunity and a danger. As resolutions also give rise to expectations, they trigger a certain pressure for compliance that is often, as has been shown, effective in the long run. They influence practice, and practice influences law*”³⁶.

2. Esempi di soft law internazionale: i non binding agreements.

L'osservazione della prassi degli Stati nella loro azione internazionale conduce ad individuare una varietà multiforme di atti che diventano fonti di *soft law* internazionale.

Si va dalle numerose dichiarazioni d'intenti³⁷, alle dichiarazioni di principi, alle raccomandazioni, alle risoluzioni, alle linee-guida, fino a giungere all'elaborazione di standard o alla redazione di codici di pratica.

Senza alcun dubbio, però, la categoria di atti statali più ricorrente nell'ambito della loro atipica attività di concertazione internazionale è rappresentata dai c.d. *non binding agreements*.

La dottrina internazionalistica cominciò a notare la presenza nella prassi di tali atti di natura convenzionale a partire dall'adozione dell'Atto Finale della Conferenza di Helsinki del 1975 sulla

³⁵Wellens, Karel. C. and Borchardt, G. M. (1989), "Soft Law in European Community Law", *European Law Review*, 14, pp 267.

³⁶Bothe, Michael, (1980), "Legal and Non-Legal Norms – A Meaningful Distinction in International Relations?" *Netherlands Yearbook of International Law*, 11, pp. 65-95.

³⁷Ad esempio le dichiarazioni congiunte del gruppo dei Paesi più industrializzati del mondo (G 7/ G8) al termine dei periodici incontri.

Sicurezza e Cooperazione in Europa³⁸.

Taluni autori³⁹ mostrarono che il diritto internazionale era ormai costellato della presenza di sempre più numerosi accordi non vincolanti il cui valore immediato e più evidente era quello di “moral commitment”.

Si diceva però, a tal proposito, che fosse prerogativa degli Stati decidere se aderire ad *international agreements* di contenuto giuridicamente vincolante, ragion per cui, qualora i Plenipotenziari avessero optato per l'adozione di un atto convenzionale differente rispetto ai classici strumenti di diritto internazionale, tale *voluntas* rendeva automaticamente privo di valore giuridico *contraignant* l'accordo stipulato tra le parti.

La dottrina tradizionale, inoltre, al fine di sostenere l'inefficacia vincolante *hard* dei *non binding agreements*, evidenziava il carattere strutturalmente programmatico e generico delle loro formulazioni linguistiche e la natura estremamente vaga ed indefinita dei principi e degli impegni in essi contenuti.

Orbene, nonostante il forte radicamento di tali considerazioni nella maggior parte degli studiosi di diritto internazionale, nondimeno, la dottrina contemporanea più moderna ha ormai totalmente superato le obiezioni che venivano mosse alla potenziale portata giuridica di questi strumenti.

2.1. In primo luogo, l'empirica considerazione delle dinamiche conseguenti all'adozione di accordi di tale natura – in ogni caso liberamente sottoscritti dalle parti contrattanti – evidenzia che, nonostante l'assenza di procedure sanzionatorie, i loro contenuti difficilmente vengono disattesi dagli Stati. I *non binding agreements*, dunque, stabiliscono delle regole che condizionano in maniera forte il comportamento dei Plenipotenziari sulla scena internazionale.

Non si può, dunque, semplicisticamente sostenere che gli accordi non vincolanti siano

³⁸ *Final Act of the Conference on Security and Co-operation in Europe*, in *International legal Materials*, 1975, pag.1293.

³⁹ Si veda, ad esempio, Schachter O., in *The Twilight Existence of Nonbonding International Agreements*, in *American Journal of International Law*, 1977, pagg. 296 esgg.

assolutamente privi di qualsiasi effetto giuridico, partendo dal presupposto che gli Stati, pur avendo a disposizione degli strumenti di diritto internazionale vincolante, abbiano consapevolmente scelto di adottare degli atti convenzionali giuridicamente non formalmente riconosciuti.

Ed invero, la scelta degli Stati in tale direzione è spesso determinata non dalla volontà di stringere accordi che però poi non intende rispettare né far rispettare (?!), bensì da un insieme di vantaggi che un accordo più leggero può presentare rispetto all'adozione di un trattato internazionale.

Le ragioni sono pertanto di natura politica e non giuridica, come la dottrina tradizionale credeva che fosse.

Giunti a questo punto viene, allora, da domandarsi quali possono essere i motivi di una sempre più diffusa tendenza da parte degli Stati a ricorrere all'uso di questo tipo di fonti preferendole ad esempio ai trattati internazionali.

Anzitutto si può dire che questo tipo di atti spesso sono utili per realizzare un compromesso tra la sovranità degli Stati e scopo degli atti stessi. Tutte le volte che sussiste la possibilità che vi siano conseguenze meno gravi in caso di violazioni di obbligazioni non vincolanti, gli Stati faranno questa scelta tutte le volte che vorranno creare una norma che influenzi il *modus vivendi* ma sentono la necessità di conservare una possibile scappatoia.

Un altro motivo riguarda le questioni di posizione e di prestigio dello Stato. Gli Stati sono spesso costretti a fronteggiare fatti e a convivere con situazioni che non vorrebbero, ma essi non vogliono riconoscerlo. Così essi sono disposti a riconoscerli in atti simili ma sono restii a farlo all'interno di un trattato.

Questo ci conduce ad un altro motivo per cui gli Stati tendono ad adottare tale tipo di norme anziché altre: le difficoltà che si riscontrano nell'adozione di norme legali e vincolanti. Il processo di negoziazione che precede e accompagna la nascita dei trattati è molto lento. Così come lento è certamente il processo di decisione interno a ciascun singolo Stato.

Infine tale tipo di approccio può essere utile quando il potere di un'agenzia governativa o di

un rappresentante di più basso rango di negoziare e vincolare lo Stato è dubbio a livello internazionale. Per cui si tende ad agire ad un livello più informale.

Per mutuare l'espressione di Sir Joseph Gold, in alcune circostanze "*soft law may be the only alternative to anarchy*"⁴⁰

2.2. In secondo luogo, l'analisi obiettiva dei contenuti di tali accordi non vincolanti ha condotto ad un'ulteriore duplice considerazione.

Innanzitutto, risulta evidente che vi sono numerosi *agreements* caratterizzati dalla presenza di norme formulate in maniera precisa e definita che prevedono l'utilizzo dell'espressione "shall" in luogo di "should" e che pertanto, potrebbero pacificamente trovare posto all'interno di un Trattato.

Inoltre, del resto, l'analisi di molte norme dei Trattati internazionali conduce alla conclusione che, sebbene questi ultimi contengano altresì numerose previsioni di carattere estremamente indefinito e programmatico, tanto non osta assolutamente alla loro ontologica possibilità di essere considerate giuridicamente rilevanti⁴¹.

2.3. Pertanto, in conclusione, possiamo affermare che le regole contenute nei *non binding agreements* possono rientrare a pieno titolo nell'alveo degli strumenti di *soft law*, qualora un'indagine *case-by-case* ne dimostri la concreta ed effettiva rilevanza nei confronti dei comportamenti degli Stati contrattanti.

Tale considerazione consente, inoltre, di sgombrare il campo da un equivoco cui spesso si assiste in dottrina.

Ed invero, alcuni studiosi accomunano semplicisticamente i *non binding agreements* ai c.d.

⁴⁰ Gold J., *Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements*, in *American Journal of International Law*, 1983, pag 443.

⁴¹ Tra i tanti esempi, possiamo rimarcare la maggior parte degli articoli della *Economic Commission for Europe Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution*, 1979; le previsioni della Parte II della *UN Convention on the Law of the Sea*, 1982, articoli 204 – 217; ed ancora numerose regole della *Vienna Convention on the Protection of the Ozone Layer*, 1985.

Gentlemen's Agreement privando così, in tal modo, i primi di qualsiasi efficacia giuridica.

I *Gentlemen's Agreements* sono degli accordi stipulati da figure istituzionali di rilievo statale che si fondano sulla reputazione dei firmatari, ma che non coinvolgono minimamente gli Stati di appartenenza. Essi concernono azioni personali, non governative. La letteratura fa riferimento ad un esempio risalente di un accordo del genere, quando Lord Salisbury accettò l'occupazione russa della Georgia "a titolo personale" ⁴².

Altri autori indicano, come esempi, il c.d. "*Oral London gentlemen's agreement of 1946 on the regional distribution of seats on the UN Security Council*"⁴³.

Insomma, gli accordi non vincolanti sono convenzioni stipulate dai Governi nazionali che vincolano l'intero Stato al rispetto di determinate regole nell'ambito della propria azione internazionale.

Siamo dunque indubbiamente in presenza di atti di *soft law*.

3. Il soft law prodotto dalle Organizzazioni Internazionali

L'utilizzo di strumenti di *soft law*, d'altra parte, ricorre spesso anche nelle azioni delle Organizzazioni internazionali sopranazionali.

3.1. Quando ci si accinge a parlare di Enti che operano nella comunità internazionale, l'esperienza ci porta ad osservare come nei casi più complessi, essi siano organizzati in modo quasi analogo allo Stato e svolgano le funzioni essenziali di questo: la funzione normativa, la funzione esecutiva, nonché la funzione giurisdizionale.

Per quanto trattato in questa sede, ciò che ci riguarda è esclusivamente la funzione normativa. Essa denota un notevole grado di sviluppo dell'ordinamento dell'ente, e perciò si rinviene negli

⁴² Klabbers J., *The concept of Treaty in International Law*, 1996, pag. 16.

⁴³ Rotter M., *Volkerrechtlicher Vertrag und außerrechtliche Abmachung*, in *Festschrift Verdross*, 1971, pag. 417.

ordinamenti maggiormente complessi.

Di norma la possibilità che l'ente ponga direttamente norme giuridiche volte a costituire il proprio ordinamento, si concreta innanzitutto rispetto ai rapporti interni. Si parla quindi soprattutto di una normazione interna. Ma in taluni casi appartiene all'ente anche la facoltà di emettere norme giuridiche non nei riguardi del proprio ordinamento interno, bensì all'esterno di esso. Si può quindi parlare di autonomia normativa interna ed esterna a seconda che essa si espliciti nei riguardi degli organi e della struttura interna dell'ente, oppure operi con efficacia rilevante anche rispetto ad ordinamenti diversi.

Gli atti a rilevanza interna possono essere considerati espressione del potere di autoregolamentazione degli organi di ogni organizzazione internazionale. Detto potere è previsto in quasi tutti i trattati istitutivi e può ritenersi implicito negli altri casi. Così gli organi di un'organizzazione internazionale possono porre in essere atti che *dettano regole per il loro funzionamento* oppure che *incidono sulla struttura delle Organizzazioni stesse*.

Gli atti a rilevanza esterna sono tutti quegli atti delle organizzazioni internazionali destinati a produrre effetti giuridici nei confronti degli altri soggetti giuridici internazionali come gli Stati ovvero le altre unioni internazionali. Spesso per ciò che riguarda questa categoria si usa distinguere tra *atti vincolanti* e *atti non vincolanti* a seconda dell'intensità e dell'efficacia con cui gli effetti giuridici si producono nei confronti dei soggetti giuridici ai quali sono destinati.

Per ciò che riguarda gli *atti vincolanti* osservando il panorama internazionale, si può notare che nell'ambito delle organizzazioni internazionali il potere di emanare atti di questo genere è piuttosto limitato e di rado è implicito. Generalmente tale potere si riscontra nelle organizzazioni di carattere tecnico anche se non mancano importanti eccezioni. Un esempio è fornito ad esempio dall'art. 41 della Carta delle Nazioni Unite secondo cui – il Consiglio di Sicurezza può decidere quali misure, non implicanti l'uso della forze armate, debbano essere adottate per dare effetto alle sue decisioni, e può invitare i membri delle NU ad applicare tali misure – .

Secondo una parte della dottrina, d'altro canto, le uniche organizzazioni internazionali alle

quali è probabilmente riconosciuto un vero potere di emanare atti vincolanti per gli Stati membri, sono le Comunità Europee che a norma dell'art. 249 del trattato CE – per l'assolvimento dei loro compiti – possono adottare regolamenti, decisioni, direttive.

Più diffusi e variegati sono gli *atti ad efficacia non vincolante*, i quali pur non essendo dotati di tale tipo di efficacia, svolgono un ruolo determinante nell'elaborazione e nello sviluppo progressivo del diritto internazionale, considerando l'influenza che essi possono esercitare sul processo di formazione delle regole consuetudinarie. Le indicazioni in essi contenute possono diventare delle vere e proprie norme di diritto internazionale qualora corrispondano alla pratica degli Stati e siano accompagnate dalla opinio juris.

Proprio ponendo l'attenzione su questa ultima categoria di atti, dobbiamo osservare come, all'interno di ciascuna organizzazione internazionale, la funzione normativa così come descritta oltre a trovare sbocco in una serie di atti tipici, nel senso di atti che trovano nei diversi trattati istitutivi la loro predeterminazione normativa, nonché la predeterminazione degli elementi che li compongono – con la conseguente delimitazione positiva del contenuto di ciascuno di essi –, si concretizza nella adozione di numerosi atti cosiddetti “atipici”.

L'emanazione di questa tipologia di atti, in alcuni casi, può essere prevista dal trattato istitutivo, ma spesso o in via residuale rispetto alla previsione di atti tipici contenuta in una norma generale del trattato sulle fonti, o in via secondaria rispetto ai diversi atti tipici, principali, la cui disciplina sia contemplata da varie norme del trattato.

In altri casi, invece, non se ne riscontra alcuna espressa previsione nelle disposizioni istitutive dell'ente, e tuttavia se ne può constatare l'emanazione accanto a quella di atti che egualmente possono non essere previsti dal trattato ma assumere forme tipiche, come sono quelle ad esempio di un regolamento di auto-organizzazione.

In tale prospettiva, se si osserva la prassi delle organizzazioni internazionali, si può notare come non sia mancata certo di creatività, riguardo alle forme, alla nomenclatura, al contenuto di

questo tipo di atti. Nell'impossibilità di compilare un elenco completo, qui si vogliono tuttavia dare alcuni esempi in tale ambito relativamente ai tipi di atti di più frequente utilizzo.

Si possono perciò citare :

– **Risoluzioni:** è il tipico atto attraverso il quale l'organizzazione internazionale tende ad indurre gli Stati a mantenere un determinato comportamento⁴⁴. Spesso hanno un contenuto più preciso e sono utilizzate per codificare una prassi preesistente, altre volte hanno un contenuto vago e oscuro e vengono usate per proclamare obiettivi e principi;

– **Codici di condotta:** sono atti non diretti verso gli Stati ma verso le persone fisiche o giuridiche volti a dare loro regole di condotta da seguire nello svolgimento delle loro attività⁴⁵;

– **Atti che hanno la forma di trattati:** sono tutti quegli atti per la creazione dei quali vengono scelte forme e procedure che difficilmente si possono distinguere da quelle utilizzate normalmente per la stipulazione dei trattati, ma che in realtà non contengono diritti od obbligazioni di diritto internazionale pubblico⁴⁶;

– **Comunicazioni o dichiarazioni congiunte:** costituiscono la formalizzazione dei risultati di incontri e discussioni, firmata da Stati e organizzazioni partecipanti;

– **Accordi leali:** il loro scopo è quello di formare una cornice normativa entro la quale iscrivere le relazioni intercorrenti tra gli Stati senza che gli stessi diano al loro accordo la forma di un trattato. Sostanzialmente si tratta di due o più dichiarazioni reciproche con l'intenzione di creare un'aspettativa di azione senza creare diritti legali od obbligazioni (**Fornire esempio**)

⁴⁴ Si consideri, tra le prime, la *Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space*, adottata dall'Assemblea Generale dell'O.N.U. il 18 dicembre 1962; ed ancora la *Charte of Economic Rights and Duties of States*, adottata dall'Assemblea Generale dell'O.N.U. il 5 dicembre 1974. Sul tema, si veda, tra gli altri, S. Schwebel, *United Nations resolutions, recent arbitral awards and customary international law*, in *Realism in Law-Making, Essays on International Law in honour of Willem Riphagen*, Nijhoff, The Hague, 1986, pagg. 203-210.

⁴⁵ Un esempio in tal senso è rappresentato dalle Linee-guida dell'OECD per le Multinational Enterprises del 21 giugno 1976. In materia, si propone la lettura di E. Decaux, *La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite*, AFDI, 1983, pagg. 80-97.

⁴⁶ L'esempio classico in dottrina è rappresentato dall'Atto Finale di Helsinki. Sul tema si è pronunciato, tra i tanti, P. van Dijk, in *The Final Act of Helsinki. Basis for a Pan-European System?*, NYIL, 1980, pagg. 97-124.

– **Le procedure di sorveglianza multilaterale:** sono procedure introdotte fin dagli anni Sessanta in alcune Organizzazioni Internazionali al fine di risolvere delle crisi istituzionali ed in tal modo tentare di rilanciare i loro obiettivi programmatici (**Dire quali sono**)

È, dunque, con riguardo a tutta questa varietà di atti che la dottrina ha elaborato il concetto di “*soft law*”, nel quadro del diritto internazionale.

4. La peculiarità dell’Organizzazione delle Nazioni Unite

Il diritto internazionale, inteso come regola dei “rapporti fra Stati”⁴⁷, è formato – secondo la dottrina dominante – da un insieme multilivello ed eterogeneo di norme.

La fonte primaria o di primo grado è la *consuetudine*, cui si affianca la fonte secondaria costituita dagli *accordi internazionali*, i quali costituiscono, d’altro canto, la parte più rilevante del diritto internazionale. La dottrina unanime afferma che tali accordi sono sottoposti alla consuetudine, così come – in diritto interno – i contratti sono soggetti al rispetto della Legge. Gerarchicamente subordinati agli accordi sono poi da considerare i *procedimenti previsti da accordi*. Intendiamo fare riferimento a quel complesso fenomeno rappresentato dalle fonti costituite da accordi di diritto internazionale che vincolano solo ed esclusivamente, però, gli Stati aderenti al patto stipulato.

Pensiamo, a tal riguardo, alle procedure regolative previste dall’Organizzazione delle Nazioni Unite, o dai suoi numerosi Istituti specializzati.

In realtà le Organizzazioni Internazionali non hanno solitamente strumenti vincolanti da utilizzare nei confronti dell’azione statale. Ed invero, lo strumento di cui si servono normalmente è la *raccomandazione*, la quale – si dice in dottrina – assume un carattere di mera esortazione.

⁴⁷ Si legga Conforti B., *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1999, pag. 3.

Tale considerazione relativa all'insieme delle Organizzazioni Internazionali presenti sulla scena mondiale, tuttavia, necessita di una riflessione più approfondita e specifica per quanto concerne l'analisi della più peculiare Organizzazione attualmente esistente, l'Organizzazione delle Nazioni Unite.

Tra gli organi principali previsti dall'articolo 7 della Carta del 1945, rivestono senz'altro un ruolo normativo determinante l'Assemblea Generale ed il Consiglio di Sicurezza.

4.1. La prima ha una competenza vastissima *ratione materiae*, ma, al di là dei poteri vincolanti in tema di ripartizione delle spese dell'Organizzazione previsti dall'articolo 17, essa assolve prevalentemente ad una funzione di organo di discussione ed indirizzo.

L'Assemblea, dunque prevede la parità del diritto di voto di tutti i suoi componenti, ed emana normalmente delle *Raccomandazioni* di natura meramente esortativa.

A proposito di tali risoluzioni di carattere universale prodotte dall'Assemblea Generale dell'ONU, d'altra parte, taluna dottrina aveva addirittura parlato di un vero e proprio procedimento "quasi legislativo" in grado di costituire fonte primaria di diritto internazionale generale, gerarchicamente sovraordinata alla tradizionale consuetudine⁴⁸.

Tale opinione, tuttavia, non è certamente condivisibile.

Le risoluzioni, invero, sono sprovviste di carattere vincolante obbligatorio, ed è chiaro che le norme in esse contenute possono acquistare tale forza solo se vengono trasformate in consuetudini internazionali, grazie alla *diuturnitas* ed all'*opinio iuris ac necessitatis*.

D'altra parte, appare altresì evidente alla dottrina dominante che tali risoluzioni producono degli effetti pratici concreti.

È per tale ragione che è ormai pacifica l'appartenenza delle raccomandazioni o risoluzioni dell'Assemblea Generale dell'ONU – così come di tutte le altre Organizzazioni Internazionali – al

⁴⁸ Abi-Saab, *Cours général de droit international public*, RC, 1996, vol. 207, pagg. 169 e sgg.

genus del *soft law* internazionale.

Lo stesso valore, del resto, bisogna attribuirlo alle *Dichiarazioni di principi* emanate dall'Assemblea Generale.

Fin dai primi anni di vita si è assistito ad un proliferare di Dichiarazioni solenni contenenti regole rivolte alla disciplina non solo delle relazioni interstatali, ma altresì dei rapporti interstatali.

Ciò che più conta ai fini della nostra indagine è la necessità di chiarire che tali Dichiarazioni non rappresentano una fonte autonoma di diritto internazionale generale, in quanto – lo ribadiamo – l'Assemblea Generale non è dotata assolutamente di poteri legislativi mondiali.

4.2. Il Consiglio di Sicurezza, invece, è un organo che non esitiamo a definire *sui generis* nel panorama giuridico internazionale, in quanto dotato di poteri estremamente particolari, unici e delicati conferiti da talune disposizioni del Capo VII della Carta istitutiva dell'ONU.

Ed invero, il Consiglio, accertata l'esistenza di una minaccia alla pace, di una violazione della pace o di un atto di aggressione ai sensi dell'articolo 39 della Carta, può decretare l'uso contro uno Stato di misure sanzionatorie ma non implicanti l'uso della forza, come l'interruzione parziale o totale delle comunicazioni e delle relazioni economiche da parte degli altri Stati, sulla base dell'articolo 41, ma può altresì intraprendere azioni armate di polizia internazionale, ai sensi dell'articolo 42 della Carta.

La norma contenuta nell'articolo 42 citato autorizza il Consiglio a ricorrere a misure violente mediante *Risoluzioni* il cui valore e la cui efficacia vincolante è, in tal caso, indiscusso⁴⁹.

⁴⁹ La **Risoluzione 1701** approvata, l'11 luglio 2006, all'unanimità dal Consiglio di Sicurezza dell'Onu sul conflitto isrealo-libanese, ad esempio è suddivisa in due parti: un preambolo e un testo di 19 articoli. Dopo aver definito la situazione una «minaccia per la pace e la sicurezza internazionale», il testo approvato chiede la «cessazione piena delle ostilità» tra Israele e Hezbollah (la bozza chiedeva la cessazione «immediata» delle ostilità); approva la proposta libanese di inviare l'esercito regolare al confine e il rafforzamento della missione Unifil fino a 15.000 unità ed esorta la comunità internazionale a intraprendere «azioni immediate» in aiuto del popolo libanese, da trenta giorni sotto i bombardamenti israeliani. Il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite : chiede la piena cessazione delle ostilità» basata, in particolare, sulla fine immediata di tutti gli attacchi di Hezbollah e di tutte le operazioni militari offensive israeliane; - chiede che al momento della cessazione delle ostilità il governo libanese e l'Unifil dispieghino le loro forze nel sud del Libano e che contestualmente Israele ritiri tutte le sue truppe militari dall'area; - sottolinea l'importanza che il governo libanese assuma la piena sovranità su tutto il territorio, in accordo con quanto stabilito dalle risoluzioni 1559 e 1680; - ribadisce l'importanza del pieno rispetto della Linea Blu (la frontiera tra Libano e Israele definita nel 1949 e internazionalmente riconosciuta); - ribadisce la validità degli accordi previsti nell'armistizio tra Israele e Libano del 23 marzo 1949; - sollecita azioni immediate dalla comunità internazionale per intensificare gli aiuti finanziari e umanitari alla popolazione libanese; - afferma che nessuna delle le parti assumerà iniziative che possano ostacolare la ricerca di una soluzione di lungo termine, l'accesso dei convogli con gli aiuti umanitari, il ritorno degli sfollati nelle loro

La Risoluzione con cui l'organo decide di agire appartiene al *genus* delle *Delibere operative*, attraverso le quali l'ONU non raccomanda o esorta, ma comanda ed interviene direttamente. L'azione diretta, infatti, consiste nell'utilizzazione di contingenti armati nazionali ma sottoposti a comando internazionale facente capo allo stesso Consiglio di Sicurezza.

Il dubbio che sorge, alla luce di tali considerazioni, riguarda l'inquadramento sistematico da attribuire a tali Risoluzioni con le quali il Consiglio di Sicurezza intraprende azioni implicant l'uso della forza⁵⁰.

abitazioni; - esorta Israele e Libano a sostenere un cessate il fuoco permanente e una soluzione duratura basata sui seguenti principi: il rispetto della Linea Blu; - l'adozione di misure di sicurezza che prevengano lo scoppio di nuove violenze (compresa la creazione di una zona cuscinetto tra la frontiera e il fiume Litani su cui vigileranno l'esercito regolare libanese e l'Unifil); - il pieno rispetto delle Risoluzioni 1559 e 1680, che prevedono il disarmo di tutte le milizie in Libano; - l'esclusione della presenza di truppe straniere in Libano senza il consenso di Beirut; - il divieto di importare armi in Libano senza l'autorizzazione del governo e la garanzia che Israele fornirà a Beirut la mappa delle mine ancora interrate nel territorio libanese.

⁵⁰ Ed invero, per quanto riguarda le Risoluzioni adottate dal Consiglio di Sicurezza sulla base dell'articolo 41 della Carta, crediamo che le considerazioni da fare non siano in fondo troppo dissimili da quelle sviluppate a proposito delle Risoluzioni dell'Assemblea. Ed invero, trattandosi di sanzioni economiche e talvolta politiche non sono mancate occasioni di inottemperanza ad esse. A tal riguardo, appare estremamente significativo lo studio compiuto da Paul Findley, *Deliberate Deceptions: Facing the Facts about the US/Israeli Relationship*, Chicago: Lawrence Hill, 1993, il quale ha svolto uno studio relativo alle numerosissime risoluzioni ONU che condannano Israele mai applicate. L'autore indica, a tal riguardo, la **Risoluzione N. 93 (18 Maggio 1951)** : Il CS decide che ai civili arabi che sono stati trasferiti dalla zona smilitarizzata dal governo di Israele deve essere consentito di tornare immediatamente nelle loro case e che la Mixed Armistice Commission deve supervisionare il loro ritorno e la loro reintegrazione nelle modalità decise dalla Commissione stessa; **Risoluzione N. 101 (24 Novembre 1953)** : Il CS ritiene che l'azione delle forze armate israeliane a Qibya del 14-15 ottobre 1953 e tutte le azioni simili costituiscano una violazione del cessate-il-fuoco (risoluzione 54 del Consiglio di Sicurezza dell'ONU); esprime la più forte censura per questa azione, che può pregiudicare le possibilità di soluzione pacifica; **Risoluzione N. 106 (29 Marzo 1955)** : Il CS osserva che un attacco premeditato e pianificato ordinato dalle autorità israeliane e' stato commesso dalle forze armate israeliane contro le forze armate egiziane nella Striscia di Gaza il 28 febbraio 1955 e condanna questo attacco come una violazione del cessate-il-fuoco disposto dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU; **Risoluzione n. 111 (19 gennaio 1956)** : Il CS ricorda al governo israeliano che il Consiglio ha già condannato le azioni militari che hanno rotto i Trattati dell'Armistizio Generale e ha chiamato Israele a prendere misure effettive per prevenire simili azioni; condanna l'attacco dell'11 dicembre 1955 sul territorio siriano come una flagrante violazione dei provvedimenti di cessate-il-fuoco della risoluzione 54 (1948) e degli obblighi di Israele rispetto alla Carta delle Nazioni Unite; esprime grave preoccupazione per il venire meno ai propri obblighi da parte del governo Israeliano; **Risoluzione N. 127 (22 Gennaio 1958)** : Il CS raccomanda ad Israele di sospendere la "zona di nessuno" a Gerusalemme; **Risoluzione N. 162 (11 Aprile 1961)** : Il CS chiede urgentemente ad Israele di rispettare le decisioni delle Nazioni Unite; **Risoluzione N. 171 (9 Aprile 1962)** : Il CS riscontra le flagranti violazioni operate da Israele nel suo attacco alla Siria; **Risoluzione N. 228 (25 Novembre 1966)** : Il CS censura Israele per il suo attacco a Samu, in Cisgiordania, sotto il controllo giordano; **Risoluzione N. 237 (14 Giugno 1967)** : Il CS chiede urgentemente a Israele di consentire il ritorno dei nuovi profughi palestinesi del 1967; **Risoluzione N. 672 (12 Ottobre 1990)** : Il CS condanna Israele per violenza contro i Palestinesi a Haram al-Sharif/Tempio della Montagna; **Risoluzione N. 673 (24 Ottobre 1990)** : Il CS deplora il rifiuto israeliano di cooperare con l'Onu; **Risoluzione N. 904 (18 Marzo 1994)** : Il CS: sconcertato dallo spaventoso massacro commesso contro fedeli palestinesi nella Moschea Ibrahim di Hebron il 25 febbraio 1994, durante il Ramadan; gravemente preoccupato dai conseguenti incidenti nei territori palestinesi occupati come risultato del massacro, che evidenzia la necessità di assicurare protezione e sicurezza al popolo palestinese; prendendo atto della condanna di questo massacro da parte della comunità internazionale; riaffermando le importanti risoluzioni sulla applicabilità della Quarta Convenzione di Ginevra ai territori occupati da Israele nel giugno 1967, compresa Gerusalemme, e le conseguenti responsabilità israeliane, condanna con forza il massacro di Hebron e le sue conseguenze, che hanno causato la morte di oltre 50 civili palestinesi e il ferimento di altre

Ed invero, qualche autore potrebbe chiedersi perché le Risoluzioni dell'Assemblea rappresentino strumenti espressione indiscutibile di *soft law*, ed invece le Risoluzioni del Consiglio si collochino sul piano dell'*hard law*.

La risposta, a nostro avviso, implica la necessità di chiarire che nonostante la comunanza lessicale e terminologica, le Raccomandazioni dell'Assemblea, alla stregua di tutte quelle di altre Organizzazioni Internazionali, sono espressione di una volontà manifestatasi mediante uno strumento cui il Trattato istitutivo dell'Organizzazione internazionale non ha attribuito alcun valore giuridico vincolante. Siamo in presenza, quindi, di una modalità di esternazione di un indirizzo che la prassi corrente cristallizzerà come *soft law* o addirittura *hard law* qualora sussistano eventualmente gli elementi per parlare di consuetudine.

A nostro parere, invero, le Risoluzioni delle Organizzazioni internazionali classiche, cui accomuniamo quelle dell'Assemblea Generale dell'ONU, sono atti di natura inizialmente meta-giuridica, ma con funzione di *pre-law*. Per tale motivo, dunque, la effettiva capacità di indirizzare i comportamenti dei destinatari di tali regole determina un processo fluido di trasformazione di tale semplice esortazione o dichiarazione in un vero e proprio atto di *droit mou* fino addirittura a poter assumere i contorni di *international hard law*.

E tale passaggio eventuale si verifica laddove ad un elemento esclusivamente oggettivo rappresentato dalla concreta rispondenza dell'azione statale ai precetti di una Risoluzione, si affianchi un altro elemento di natura soggettiva costituito dall'*opinio* che tali regole siano effettivamente diritto.

In tal modo, in diritto internazionale, il *soft law* può diventare *hard* attraverso un peculiare ed unico processo spontaneo di cristallizzazione ed indurimento di regole inizialmente deboli.

centinaia e ingiunge ad Israele, la potenza occupante, di applicare misure che prevengano atti illegali di violenza da parte di coloni israeliani, come tra gli altri la confisca delle armi; **Risoluzione N. 1402 (30 Marzo 2002)** : Il CS alle truppe israeliane di ritirarsi dalle città palestinesi, compresa Ramallah; **Risoluzione N. 1403 (4 Aprile 2002)** : Il CS chiede che la risoluzione 1402 (2002) sia applicata senza ulteriori ritardi; **Risoluzione N. 1405 (19 Aprile 2002)** : Il CS chiede che siano tolte le restrizioni imposte, soprattutto a Jenin, alle operazioni delle organizzazioni umanitarie, compreso il Comitato Internazionale della Croce Rossa e l'Agenzia dell'ONU per l'Assistenza e il Lavoro per i Profughi Palestinesi in Medio Oriente (Unrwa); **Risoluzione N. 1435 (24 Settembre 2002)** : Il CS chiede che Israele ponga immediatamente fine alle misure prese nella città di Ramallah e nei dintorni, che comprendono la distruzione delle infrastrutture civili e di sicurezza palestinesi; chiede anche il rapido ritiro delle forze di occupazione israeliane dalle città palestinesi e il loro ritorno alle posizioni tenute prima di settembre 2000.

Le Risoluzioni del Consiglio, a ben vedere, invece, non sono altro che espressione di quelle che Conforti definisce *fonti di terzo grado*.

Ed invero, è la Carta delle Nazioni Unite, firmata e ratificata da tutti gli Stati membri, che prevede espressamente la possibilità per il Consiglio di utilizzare determinati strumenti anche eventualmente capaci di determinare l'uso della forza.

Ecco, allora, che gli Stati sono vincolati a tali Risoluzioni sulla base di un accordo di diritto internazionale liberamente e regolarmente sottoscritto⁵¹.

Ragion per cui l'efficacia vincolante *hard* delle regole contenute nelle Risoluzioni del Consiglio riposa nel più generale e primario principio del diritto internazionale per il quale *pacta sunt servanda*.

5. *Caratteristiche peculiari del soft law internazionale : esiste un fil rouge che collega tutte le sue manifestazioni?*

Dare una definizione unitaria ed esaustiva delle fonti di *soft law* internazionale è molto difficile considerando la moltitudine di fenomeni che si possono raggruppare sotto questo concetto. La dottrina ha quasi sempre elaborato definizioni basate sulla funzione che veniva assegnata ai vari atti dai loro autori. Forse si può dire che *il termine soft law è un grosso ombrello che ricopre diversi fenomeni normativi che mostrano le caratteristiche della legge perché in qualche modo influenzano e restringono la volontà e la libertà dei loro destinatari, ma che dall'altro lato non stabiliscono una vera e propria obbligazione internazionale, lasciando spazio solo ad una "soft obligation"*.

Il *soft law* si distingue infatti *per una forza giuridica attenuata che presenta una legittimità internazionale che difficilmente può essere negata*⁵²

⁵¹ Certo, questo non vuol dire, però, che tutte le Risoluzioni del Consiglio siano state puntualmente eseguite

⁵² G. Feuer, in *Les différentes catégories de pays en développement. Genèse, Evolution, Statut*, JDI, 1982 a p. 5-54 .

Siffatte regole non hanno tutte uno standard uniforme di intensità, che dipende appunto dal loro scopo legale, ma hanno in comune che sono dirette a e hanno come effetto che la condotta degli Stati, delle organizzazioni internazionali, degli individui sia influenzata da queste norme, comunque senza contenere diritti e obbligazioni internazionali.

Sebbene la varietà di forme sia la caratteristica principale del *soft law* secondo la dottrina è possibile mettere in risalto alcuni elementi comuni a tutti gli atti e le fonti che possono essere riassunte sotto questa ampia categoria.

5.1. Parte della dottrina sostiene che il ricorrere di tre elementi caratterizzanti sia sufficiente per poter affermare che un atto appartenga al novero degli strumenti di *soft law*.

Anzitutto, è necessario che al marcato utilizzo di tali strumenti da parte delle organizzazioni internazionali non corrisponda, tuttavia, una loro menzione tra le fonti di diritto internazionale pubblico all'interno dell'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia⁵³. In tal senso, si può affermare che caratteristica peculiare è il non derivare da alcuna "fonte di riconoscimento", ma il loro essere totalmente atipici ed innominati.

Il secondo elemento riguarda il contenuto del *soft law* che consiste in norme di differente natura ma che non creano diritti e obbligazioni applicabili, in contrasto con le norme dei trattati per cui gli Stati hanno un'aspettativa che siano eseguite e rispettate⁵⁴, anche se si deve parlare di "qualcosa di più che legge senza alcuna obbligazione". Elemento, dunque, determinante è la sua "prossimità" al diritto⁵⁵.

La terza caratteristica è l'assenza di assunzione di un reale obbligo, onde nessuna delle condizioni che rendono il modello di condotta quello di un'obbligazione vincolante è soddisfatta, anche se non è totalmente corretto parlare di norme non sanzionate.

⁵³ La norma richiamata è tradizionalmente utilizzata dalla dottrina per individuare le fonti di diritto internazionale. In essa si prevede che la Corte di Giustizia, per decidere le questioni a lei sottoposte secondo il diritto internazionale, applichi le convenzioni internazionali, la consuetudine internazionale e i principi generali del diritto.

⁵⁴ R. Baxter, *op. cit.*, p. 549.

⁵⁵ Si veda Thurer D., in *Soft law*, in *Encyclopedia of Public International Law*, vol.4, 2000, pag. 452

5.2. Altri autori, del resto, ritengono che tutte queste caratteristiche sopra elencate non siano di per sé in grado di individuare un atto di *soft law*.

Ed invero, tali autori sostengono che all'aspetto puramente *oggettivo* dell'assenza e del non rispetto di tutti i passaggi del processo di formazione ordinario delle fonti giuridiche internazionali, debba necessariamente affiancarsi l'esistenza di un elemento di natura assolutamente *soggettiva*, quale *l'intenzione normativa* dell'autore della regola.

Con l'inevitabile conseguenza, quindi, che un qualunque precetto o *engagement que son ou ses auteurs ont entendu prendre sans se lier sur le plan du droit* non può considerarsi assolutamente strumento di *soft law*⁵⁶

È, dunque, evidente – secondo la dottrina pubblicistica dominante – che la natura dell'impegno internazionale degli Stati dipenderà dalle intenzioni delle parti contrattanti e partecipanti all'accordo⁵⁷.

5.3. A nostro avviso quest'ultima interpretazione è da preferire, in quanto la *voluntas legis*, *l'intentio iuris* sono elementi indispensabili affinché un atto atipico adottato da un soggetto di diritto internazionale possa effettivamente annoverarsi tra le fonti di *international soft law*.

Questa caratteristica peculiare, da integrare alle tre tradizionalmente individuate dalla prima dottrina sopra richiamata, rappresenta, del resto, qualcosa di molto simile alla *opinio iuris seu necessitatis* che costituisce elemento strutturale indispensabile delle fonti consuetudinarie.

Tale caratteristica conferisce dunque un carattere estremamente particolare al *soft law* internazionale, il quale per certi aspetti sembra riprendere la struttura della *consuetudo iuris*, pur assumendo talvolta delle connotazioni ancora più forti.

⁵⁶ M. Virally, *op. cit.*, vol. 60-I, pag. 225; ed ancora, Bothe, *op. cit.*, in NYIL, pag. 67.

⁵⁷ Anche se tale considerazione non osta alla possibilità che la volontà auto-vincolante possa intervenire in un momento successivo all'adozione dell'accordo internazionale. In tal senso si pronuncia anche J. Jacque, *La pratique des institutions communautaires et le développement de la structure institutionnelle communautaire*, in paper for EUI Colloquium, Firenze, maggio 1986, pagg. 34, laddove scrive che « *Mais on ne peut pas exclure à notre sens que la pratique ultérieure à l'accord et l'opinio iuris des participants ne viennent pas à donner une signification juridique politique* ».

Ed invero, gli atti e strumenti giuridici di *diritto attenuato comunitario* producono degli effetti immediati e diretti a seguito della loro approvazione, al contrario della consuetudine che necessita strutturalmente della prassi ripetuta e costante degli attori del mondo giuridico internazionale.

In tal senso il loro impatto e la loro forza giuridica, seppur soft, appare molto più incisivo della consuetudine.

Ovviamente la grande differenza di fondo consiste nel fatto che la consuetudine è una fonte in grado di essere la scaturigine di *hard law* e non di *diritto attenuato*.

Sul punto, d'altra parte, diviene davvero necessario cercare di comprendere l'efficacia giuridica pratica dell'*international soft law*.

Qualora, infatti, si dovesse riscontrare che gli strumenti internazionali atipici possano determinare degli effetti non eccessivamente differenti nella sostanza da quelli di diritto tradizionale, soprattutto nei rapporti di forza con la fonte per eccellenza del Trattato internazionale, si potrebbe davvero credere che il *soft law* sia effettivamente in grado di sostituire in taluni casi la fonte *consuetudo iuris* come fonte di *international law* in senso più ampio.

Infine, elemento caratteristico che accomuna tutta la dottrina maggioritaria è la necessità che gli atti di *soft law* siano strumenti creati da attori pubblici della scena internazionale in grado di impegnare i Governi nazionali.

Onde, non rientrano, dunque, in tale categoria i codici di condotta promossi e preparati da soggetti privati, quali le imprese multinazionali o le organizzazioni non governative⁵⁸.

Su tale ultimo punto, d'altra parte, non vi è una .

⁵⁸ A questo proposito si vedano i principi CERES (*Coalition for Environmentally Responsible Economies*), che a partire dal 1989 esprimono la disciplina ambientale che dovrebbe essere rispettata da parte delle imprese operanti nel settore; oppure gli *Standard di responsabilità sociale delle imprese* , creati nel 1999 dalla *Social Venture Network*.

Ed invero, bisogna distinguere, a nostro avviso, l'ordinamento giuridico internazionale da quello strettamente statale.

Quest'ultimo, infatti, può consentire a dei soggetti privati di emanare delle regole il cui scopo sia quello di essere generalmente ed astrattamente vincolanti per coloro i quali rientrano nelle fattispecie considerate soltanto sulla scorta di un'apposita, chiara, esplicita e ben definita delega normativa talvolta anche delegificativa.

La Comunità internazionale, invece, in primo luogo, manca – come detto – di un'Autorità centrale abilitata a produrre diritto vincolante per tutti gli attori; in secondo luogo, non può considerarsi certamente composta soltanto dai soggetti Stati nazione od Organizzazioni Internazionali sovra-statali, bensì anche, senza dubbio alcuno, da tutte le Organizzazioni e Lobbies che riuniscono i vari operatori economici mondiali, reali e talvolta principali attori dello scenario giuridico globale.

È per tali motivi, dunque, che riteniamo di non dover condividere le valutazioni di quanti escludono dal novero del *soft law* internazionale gli strumenti d'elaborazione di standard o di redazione di codici di pratica⁵⁹.

⁵⁹ A tal riguardo, riteniamo opportuno sottolineare l'importanza e l'influenza nei rapporti di forza tra gli operatori economici che giocano gli organismi di Certificazione mondiali. **Det Norske Veritas**, ad esempio, è uno dei principali organismi di Certificazione del mondo. Addirittura, nel 1996, un'azienda come la Ferrari ha ritenuto necessario ottenere da Det Norske Veritas la certificazione ISO 9000 per la produzione, la vendita e i servizi post-vendita delle auto GT. Anche la Maserati ha ottenuto nel 2000 un'identica registrazione ISO 9000. Nel 1999, poi, la stessa Ferrari ha avviato il processo per l'ottenimento della certificazione ISO 14000, potendo così vantare la detenzione di un altro primato: è infatti l'unico produttore di auto da corsa ad aver ottenuto la certificazione ISO 14000 per la fabbricazione delle vetture di Formula Uno.

Ma la stessa attenzione all'ottenimento di tali Certificazioni ha fatto oggetto di un'accurata azione strategica anche della Honda Logistic Centre Italy S.p.a. Quest'ultima è stata, nel 1999, la prima azienda che ha scelto di conformarsi alle norme SA 8000, scegliendo, anch'essa, DNV Italia come organismo partner del processo di certificazione. Lo standard di Social Accountability SA 8000 è stato pubblicato nel 1997 con l'obiettivo di combattere lo sfruttamento dei bambini e le condizioni inumane di lavoro. Basato sui principi delle 11 convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e la convenzione dell'ONU sui Diritti del Bambino, e sui processi di gestione relativi agli standard internazionali della qualità e dell'ambiente (ISO 9000 e 14000). Ad oggi, sono 25 le aziende italiane certificate secondo lo standard "etico" e 6 gli attestati rilasciati da DNV che, anche in questo particolare segmento di mercato, si conferma leader mondiale con 40 certificati su 133.

La stessa attenzione a tali tematiche, poi, è stata posta dalla Bresolini S.r.l.. Precorrere lo scenario futuro è stato certamente uno dei motivi che ha spinto tale società, che opera nel settore delle autodemolizioni e della commercializzazione di ricambi automobilistici da 15 anni, ad affrontare la sfida della certificazione ambientale. Il centro di demolizione veicoli, con sede a Bassano del Grappa, è stato il primo in Italia (e tra i primi in Europa) a concludere positivamente il progetto pilota di implementazione del proprio Sistema di Gestione Ambientale (SGA), ottenendo ai primi di aprile del 2002 l'importante riconoscimento della certificazione ISO 14001. Il certificato è stato rilasciato, anche in questo caso, da DNV (che è leader in Italia nel settore della certificazione ambientale con una quota di mercato di circa il 30%) è relativo alle attività di demolizione di autoveicoli (attraverso le fasi di prelievo delle

6. Le funzioni del *soft law* internazionale.

Il *soft law* è presentato tradizionalmente dalla dottrina internazionalistica alla stregua di un fenomeno inusuale e patologico del diritto internazionale.

Tuttavia, ciò che emerge con forza dall'analisi dell'operato degli attori della comunità internazionale è che il *diritto attenuato*, prodotto da tutti gli atti sopra esemplificativamente elencati, non è una patologia giuridica *per se*.

Al contrario, in numerose circostanze esso svolge delle determinanti, autonome ed esclusive funzioni giuridiche che ne caratterizzano e ne giustificano la sua costante e rilevante presenza nel mondo del diritto internazionale.

Bisogna, allora, analizzare quali siano gli scopi legali e i reali effetti che queste fonti atipiche nel panorama giuridico internazionale.

6.1. Innanzitutto, gli atti-fonte di diritto *soft* possono permettere di superare i blocchi nelle relazioni internazionali tra gli Stati determinati da differenti esigenze di natura economica, politica, sociale, tecnica o culturale.

Il rapido sviluppo cui assistiamo oggi di tali strumenti alternativi alle fonti tradizionali è determinato dalla funzione positiva cui essi assolvono. Grazie al *soft law*, ancora oggi, in una situazione di crisi della legalità internazionale, ritroviamo popoli e nazioni che si sforzano di trovare delle mediazioni di natura giuridica, seppur attenuata, con altri popoli ed altre nazioni. Mediante il *diritto morbido* è possibile assistere, nella realtà contemporanea, a trattative, ad incontri a processi regolativi, in settori economici e sociali, che intendono raggiungere gli obiettivi prefissi nei rapporti interstatali, attraverso un “*metodo giuridico*” di soluzione delle divergenze.

autovetture, bonifica, smontaggio, pressatura e smaltimento delle carcasse) e commercializzazione al dettaglio di componenti automobilistici reimpiegabili.

Insomma, il *soft law*, al contrario di quanto qualche studioso possa credere, rappresenta, nella realtà giuridica attuale, l'unico modo per sopravvivere all'anarchia e al libero gioco delle forze economiche e militari degli attori internazionali⁶⁰.

Ed invero, sempre più raramente gli Stati sono disposti a vincolarsi a norme rigide ed immutabili in settori delicati dell'azione internazionale⁶¹.

E sempre più difficilmente le imprevedibili e sfuggenti dinamiche economiche e socio-culturali consentono agli Stati di avvalersi delle classiche procedure di negoziazione delle norme di diritto internazionale, che richiedono tempi ormai inadeguati alla soluzione immediata dei problemi.

Il *diritto attenuato* costituisce, anzi, attualmente, la vittoria del diritto sull'economia.

6.2. In altri casi, del resto, l'utilizzo di strumenti di *soft law* consente di dare una risposta immediata alle esigenze degli attori internazionali, ma una risposta che resta, nelle intenzioni dei redattori di tali regole, intrinsecamente temporanea.

Gli atti che producono *diritto morbido*, consentono di superare delle fasi di stasi nell'ambito di negoziazioni già in atto e di introdurre delle normative che agevolino, poi, la elaborazione di regole cogenti definitive.

In tal senso il *soft law* rappresenta una sorta di "*pré-droit*", in quanto anticipa i risultati di futuri, *in itinere*, obblighi contenuti in trattati assolutamente vincolanti⁶².

Quando pensiamo al ruolo anticipatore del *diritto attenuato* internazionale, un risalto

⁶⁰ A tale proposito, Armin Schäfer, la quale, nel suo articolo *Resolving Deadlock: Why International Organizations Introduce Soft Law*, Paper for the EUSA Ninth Biennial International Conference Austin, Texas, March 31-April 2, 2005, si è posto l'interrogativo di fondo: "Why do governments choose soft law to deal jointly with problems rather than more binding forms of cooperation?". L'autrice, riferendosi in particolare modo all'O.C.S.E. ed al F.M.I. ha sostenuto, a conclusione della sua riflessione che, "in sum, international organizations do not introduce multilateral surveillance because of its proven effectiveness but rather because no substantial agreement is obtainable".

⁶¹ Su tale profilo problematico si legga, ancora, Armin Schäfer, *op. cit.*, laddove afferma che "governments did not know in detail what effects OECD Economic Surveys, IMF Article IV Consultations, or the European Employment Strategy were going to have. However, they were sure that soft law would not infringe their room for manoeuvre too strongly".

⁶² Si legga, sul tema, Hillgenber H., *A Fresh Look at Soft Law*, in *EJIL* 1999, pag. 502.

determinante lo si deve dare necessariamente alle classiche “Dichiarazioni di principi”.

Bisogna pensare, allora, innanzitutto, alla ben nota *Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo* adottata con risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1948. Essa, invero, indicando per la prima volta i principi fondamentali ed inviolabili della persona umana ha fornito una base legale alla negoziazione di fondamentali trattati futuri in materia. A tal proposito, infatti, è esemplare il rapporto esistente tra la succitata Dichiarazione ed i *Patti delle Nazioni Unite sui Diritti civili e politici*, e sui *Diritti economici, sociali e culturali* del 1966.

Ma eguale menzione meritano i cambiamenti avvenuti nel campo del “diritto internazionale dell'ambiente”. In tale settore, invero, lo sviluppo delle norme di *diritto attenuato* cominciò subito dopo la Conferenza di Stoccolma del 1972, cui fece seguito la creazione di un organo sussidiario dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, consacrato alla promozione di strumenti di sviluppo e di promozione del diritto dell'ambiente universale e regionale. Questa struttura, denominata United Nations Environment Program (“UNEP”), giocò un ruolo di primo piano nella promozione di convenzioni regionali e nell'elaborazione di regole giuridiche universalmente applicabili.

Un esempio estremamente significativo di tale fenomeno è rappresentato dal *Draft Principles of Conduct in the Field of the Environment for the Guidance of States in the Conservation and Harmonious Utilisation of Natural Resources*, adottato dall'UNEP nel 1978.

I principi fondamentali “dichiarati” a Stoccolma sono stati ribaditi, successivamente, in occasione del *Summit della Terra* tenutosi a Rio de Janeiro il 1992⁶³, in occasione del quale fu data importanza centrale al protezione del principio di “sviluppo sostenibile”⁶⁴.

La maggior parte di questi principi sono stati inseriti, col tempo, in numerose differenti Convenzioni di carattere vincolante, quali, ad esempio la *Convenzione sui cambiamenti climatici*, la

⁶³ Sulla Conferenza di Rio, si legga Marchisio S., *Gli atti di Rio nel diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, pag. 581.; ed ancora si analizzi Treves T., *Il diritto dell'ambiente a Rio e dopo Rio*, in *Riv. Giur. amb.*, 1993, pag. 577.

⁶⁴ Di notevole importanza risulta l'articolo 22 della Dichiarazione di Rio, il quale cita testualmente “*Indigenous people and their communities, and other local communities, have a vitalrole in environmental management and development because of their knowledge andtraditional practices. States should recognize and duly support their identity, cultureand interests and enable their effective participation in the achievement of sustainable development*”.

Convenzione sulla Biodiversità, la Convenzione sulla desertificazione ed il Preambolo dell'accordo istitutivo dell'O.M.C.

In conclusione, dunque, una delle funzioni cui assolve con grande intensità e regolarità il *soft law* è indiscutibilmente quella di strumento di *pre-law*.

6.3. Del resto, vi sono ancora altre ragioni che spingono all'utilizzo di strumenti di *droit mou*.

Questi ultimi, infatti, spesso svolgono un ruolo importante nella ricostruzione del contenuto di una norma consuetudinaria.

A tal riguardo, estremamente significativa appare la considerazione sviluppata dalla Corte Internazionale di Giustizia in merito al valore delle risoluzioni dell'Assemblea Generale dell'ONU, nel celebre caso delle *Attività Militari e Paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua*. In questa occasione la Corte ha avuto modo di sottolineare l'importanza delle risoluzioni, affermano che l'*opinio iuris* “may, though with all due caution, be deduced from, *inter alia*, the attitude of Parties end the attitude of States toward certain General Assembly resolutions”⁶⁵

La Corte, dunque, alla stregua di buona parte della dottrina più moderna, attribuisce spesso alle norme di *soft law* una sorta di valore ricognitivo e talvolta probatorio dell'esistenza di una regola *coutumière* di diritto internazionale.

6.4. Infine, talvolta la regola di *soft law* è considerato dalla dottrina⁶⁶ e dagli stessi attori della scena internazionale come uno strumento di interpretazione e, dunque, di integrazione del significato di norme internazionali positive di carattere cogente.

Si possono indicare come esempi i continui riferimenti che le giurisdizioni nazionali o gli organi amministrativi statali operano alle raccomandazioni del Consiglio d'Europa e dell'ILO (International Labour Organization), tra le quali assume un rilievo particolare la *Dichiarazione sui*

⁶⁵ *Icj, Reports*, parr. 188-194; parr. 202-209.

⁶⁶ *Thurer, op. cit.*, pag. 458.

principi e i diritti fondamentali nel Lavoro.

Ma, allo stesso modo, si può indicare l'operato della Corte Internazionale di Giustizia, la quale, nel parere *Sahara Occidentale*, ha utilizzato degli strumenti di *soft law* per sostenere e riempire di contenuti il principio di autodeterminazione dei popoli previsto dalla Carta dell'ONU⁶⁷.

Così come, ancora, si può evidenziare l'operato dell'Organo d'Appello dell'OMC, il quale, nel caso *Shrimps*, ad esempio, ha fatto esplicito riferimento ad atti declaratori, quali l'Agenda 21 e la Dichiarazione di Rio, per fornire un'interpretazione evolutiva del termine "risorse naturali esauribili", di cui all'articolo XX del GATT 1994.

6.5. In conclusione, quindi, il *soft law* assolve ad un insieme di numerose ed eterogenee esigenze e funzioni, tutte riassumibili in una sorta di vademecum del tutto esemplificativo :

- Anzitutto, il *soft law* realizzato in termini di raccomandazione, implica che l'oggetto della regola di condotta scompare in un certo senso dalla giurisdizione domestica degli Stati e viene assoggettata alle relazioni internazionali.

- Secondo, il *soft law* potrà essere utilizzato come base per emanare una legislazione nazionale al fine di rendere effettiva la regola di condotta, e come una giustificazione per la corrispondente condotta degli Stati.

- Terzo, il *soft law* può provvedere a costituire una cornice legale per future discussioni e trattative tra gli stessi Stati o tra gli Stati e le organizzazioni internazionali.

- Quarto, il *soft law* può creare l'aspettativa che la condotta degli Stati, organizzazioni internazionali e individui si conformeranno alle regole di condotta non ancora vincolanti in esso contenute. In questo caso non si può ancora parlare di obbligo, ma tuttavia di un *impegno*.

- Quinto, il *soft law* può, durante il processo di creazione del diritto vincolante, avere un effetto di legittimazione della condotta degli Stati fino a che la nuova normativa non sia entrata in vigore, con una grande importanza dell'elemento temporale.

⁶⁷ *ICJ, Reports*, 1975, pagg. 12 e sgg.

- Sesto, quando il *soft law* viene creato da un'organizzazione internazionale le regole di condotta in esso contenute divengono obbligatorie per gli organi dell'organizzazione stessa.

- Settimo, il *soft law* può avere un effetto di sospensione sulla condotta dello Stato che non può essere ritenuta conforme, anche se non è stato ancora raggiunto la soglia dei diritti e obblighi vincolanti.

- Ultimo, il *soft law* può essere utilizzato come un mezzo di interpretazione delle previsioni delle norme di *hard law*, sia di una norma convenzionale che consuetudinaria.

Alla luce di quanto elencato e delle considerazioni fatte l'assolutezza dell'affermazione della dottrina secondo cui il *soft law* in contrasto con l'*hard law* non può spingere sulla creazione, la forza, la modificazione o l'estinzione dei diritti e obbligazioni vincolanti del diritto internazionale pubblico che sono legalmente applicabili dovrebbe forse essere temperata.

Certo, è vero che il *soft law* quasi mai ha una efficacia ufficialmente riconosciuta e nelle gerarchie delle fonti, non ha la collocazione di un trattato internazionale o della consuetudine, ma se lasciamo il livello della teoria e dei principi e ci spostiamo sul livello della prassi, allora notiamo come pur non essendo dotato di una forza ufficiale di norma obbligatoria, acquista tale forza attraverso la pratica degli Stati, delle organizzazioni internazionali, dei suoi organi, tutte le volte che essi ne fanno uso e si attengono alle regole di condotta in esso contenute.

7. Un dibattito ormai classico : il *soft law* internazionale è desiderabile o evitabile ?

Le principali categorie di atti ricondotti nell'alveo del *soft law* internazionale sono – come detto – le raccomandazioni o risoluzioni delle organizzazioni internazionali e i *non-binding agreements*.

Entrambi questi strumenti producono, nella concreta applicazione pratica, degli effetti che

potremmo definire “obbligatori”, in grado cioè di condizionare e vincolare il comportamento degli attori della comunità internazionale. In tal senso, dunque, possiamo sostenere che i sopra ricordati atti di diritto attenuato rivestono un valore concretamente e praticamente normativo.

7.1. Per quanto concerne le risoluzioni, parte della dottrina ⁶⁸ ricorda il parere consultivo espresso dalla Corte Internazionale di Giustizia nel 1996 sulla *Liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari*, laddove ha statuito che : “*les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative*” ⁶⁹.

La funzione e l'effetto, dunque, che la Corte ha inteso attribuire, e sulla quale la dottrina maggioritaria ⁷⁰ concorda pienamente, è il c.d. *effetto di liceità*.

Una risoluzione che raccomandasse un determinato comportamento, seppur in violazione di determinati obblighi internazionali, potrebbe pertanto precludere l'illiceità della condotta degli Stati che dessero applicazione ai dettami della risoluzione stessa.

Il fondamento giuridico dell'effetto di liceità si rinverrebbe – secondo la dottrina dominante – nell'obbligo giuridico fondamentale di cooperare con l'organizzazione internazionale di cui si è membri, e, di conseguenza, nel basilare principio di buona fede che dovrebbe ispirare la condotta degli Stati membri dell'organizzazione ⁷¹.

Insomma, si può sostenere che le risoluzioni delle Organizzazioni Internazionali assolvono ad ruolo innegabilmente normativo caratterizzato dall'effetto “permissivo” nei confronti di condotte statali eventualmente conflittuali con regole *hard* di diritto internazionale.

Un ruolo che si distingue, pertanto, da quello che gioca la consuetudine la quale, in base ad una pacifica valutazione scientifica, è fonte abilitata a produrre diritto *sine lege*, ma giammai *contra legem*.

⁶⁸ Si cfr. M. Distefano, in *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, Il Mulino, 2003, pag. 22.

⁶⁹ *ICJ, Reports*, 1996, pag. 254.

⁷⁰ Tra cui, ad esempio, Conforti B., *Diritto Internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2002, pagg. 180 e sgg.

⁷¹ Si veda, su tale punto, Thurer, *op. cit.*, pag. 457.

8. *Rules of the game*

A conclusione dell'analisi svolta, allora, si può provare a dare una risposta all'interrogativo classico cui la dottrina pubblicistica cerca da tempo una risposta unanime.

Nel campo della dottrina giuridica internazionale è possibile soltanto effettuare una scelta tra Trattati internazionali, da un lato, e accordi politici o morali, da un altro?

Oppure è rinvenibile un'area giuridica intermedia che concerna accordi in grado di determinare ripercussioni sul diritto internazionale pur non assumendo la forma di un Trattato di diritto Internazionale?

Insomma, l' *international law* può essere composto allo stesso tempo da *hard international law* e *soft international law*?

La risposta ai due ultimi quesiti tende ad essere, ormai, sempre più orientata verso una soluzione affermativa.

Ciò che conta, allora, una volta ammessa la “normatività” – seppur attenuata – di tutto l'insieme di atti internazionali di *soft law* sopra esaminato, è chiarire quale sia il regime giuridico cui sono sottoposti tali strumenti *mous*.

Ed invero, la dottrina dominante esclude categoricamente la possibilità di utilizzare la Convenzione di Vienna del 1969, la quale si applica esclusivamente ad accordi internazionali che assumono la forma di Trattati, intesi come “*international agreements concluded between States, and governed by international law*”⁷².

Pertanto, nel periodo delle negoziazioni non è applicabile, dunque, l'articolo 25 di tale Convenzione che disciplina i rapporti tra Stati membri durante la fase provvisoria che precede

⁷² Art. 2, punto 1, lett. a), of Vienna Convention

immediatamente la stipula o la ratifica di un Trattato.

Così come non trova applicazione, ad esempio, l'articolo 31 della Convenzione del 1969, che introduce la possibilità di utilizzare tra Stati la clausola *mutatis mutandis*, la quale consente di interpretare il contenuto di una previsione di un Trattato internazionale alla luce del principio della buona fede e in base all'analisi della storia delle negoziazioni e della pratica successiva.

Durante la vigenza dell'accordo di *soft law*, peraltro, non sarà possibile fare riferimento neppure alla norma di cui all'articolo 26 della Convenzione di Vienna, in virtù del quale *pacta sunt servanda*, e dunque una violazione di una norma pattizia corrisponde ad un illecito sul piano internazionale.

È di tutta evidenza, infatti, che un'infrazione ad una regola stabilita da uno strumento di *soft law* non può costituire un *delict*⁷³.

Il problema, però, è chiarire se ad una tale mancanza di regole di diritto *hard* applicabili, esistano dei principi giuridici o delle regole informali che disciplinino i rapporti tra attori internazionali che hanno fatto ricorso a strumenti di *soft law*. Dalla consistenza di tali principi regolatori informali delle vicende legate all'utilizzo di tali strumenti, dipende, infatti, la possibilità concreta di attribuire effettiva rilevanza giuridica al *soft law* internazionale.

Altrimenti, si dovrà sostenere che il diritto internazionale è, e può essere costituito solo ed esclusivamente dai Trattati e dalle norme consuetudinarie.

A tal proposito, allora, la dottrina ha sottolineato con vigore che, sebbene una violazione a regole *soft* non rappresenti una infrazione ed un illecito, nondimeno essa può provocare delle reazioni e delle conseguenze cui corrispondono dei *soft control mechanisms*, spesso affidati all'applicazione concorde delle parti.

Gli accordi non vincolanti prevedono, invero, spesso delle *soft obligations*, cui spesso fanno

⁷³ S icfr. Rotter, *op. cit.*, pag. 419.

seguito delle vere e proprie sanzioni, che eufemisticamente si definiscono *soft*⁷⁴.

Sul tema si pensi alle Linee Guida della Banca Mondiale e all'istituzione dell'*Inspection panel* da parte della stessa Banca Mondiale. Tale strumento è stato creato per assicurare, attraverso un meccanismo d'inchiesta, una migliore qualità e conformità ai principi del diritto internazionale dei progetti finanziati dalla World Bank. Le conclusioni cui giunge il Panel possono evidenziare le difficoltà di uno Stato nell'adempimento del progetto e gli eventuali danni subiti eventualmente da altri Stati o gruppi di individui. Le raccomandazioni finali non sono altro che un autorevole accertamento della violazione delle politiche della Banca, ma quando sono approvate dal Consiglio d'Amministrazione della Banca assumono efficacia vincolante.

Talvolta, invece, i *non-binding agreements* prevedono addirittura la possibilità di sottoporre la risoluzione delle eventuali controversie al regime della Convenzione, del 15 Dicembre 1992, sulla Conciliazione e l'Arbitrato Internazionale.

Insomma, il carattere vincolante nella prassi degli strumenti di *soft law* internazionale è ormai quasi sempre fortemente ed autorevolmente garantito.

Resta solo da rinvenire l'esistenza o meno di un fondamento giuridico che possa costituire il pilastro teorico sul quale poggiare la previsione pratica e ricorrente di procedure concrete di *commitment* delle obbligazioni del *soft law*.

Qualche autore, al riguardo, ritiene applicabile il principio legale fondamentale

⁷⁴ Si veda, a tal riguardo, l'analisi approfondita svolta da Distefano M., in *op. cit.*, laddove afferma che nonostante il carattere *soft* delle procedure non si può negare rilevanza giuridica degli strumenti che le hanno istituite. L'autrice continua dicendo che, nell'ambito della violazione di accordi internazionali, il settore che più di ogni altro evidenzia l'esistenza di tali sistemi è quello ambientale. Ed invero, il carattere spesso impreciso e flessibile delle regole ambientali, ed il difficile accertamento della illiceità dei fatti in grado di determinare disastri ambientali, rendono inadeguata l'applicazione di regole generali in materia di responsabilità internazionale. Si spiega così la creazione di *soft enforcement procedures*, cioè di strumenti meno stringenti rispetto alla responsabilità internazionale, ed il proliferare di strumenti di prevenzione. La natura *soft* delle regole istitutive e di procedura di simili meccanismi si attaglia al carattere spesso non conflittuale degli stessi. Simili meccanismi si trasformano, in varie occasioni, da mezzi di composizione delle controversie in strumenti di cooperazione internazionale. Per citare alcuni esempi, si può richiamare il *Protocollo di Madrid* del 1987, alla *Convenzione di Vienna per la protezione della fascia d'ozono* del 1985, la quale prevede una procedura attivabile da qualunque Stato membro del Protocollo. Tale procedura ha istituito la possibilità di un ricorso da trasmettere all'*Implementation Committee*, che stila un rapporto finale presentato poi alla Conferenza delle Parti, la quale decide eventuali misure mirate a favorire l'adempimento, anche di assistenza finanziaria e tecnica.

dell'impedimento di *venire contra factum proprium*, o – sul piano del common law – la c.d. *estoppel clause*⁷⁵, che si aggiunge al più generale principio della *buona fede*⁷⁶.

Ma probabilmente il principio che si pone a fondamento della giuridicità degli strumenti di diritto attenuato internazionale è quello in virtù del quale *inadimplenti non est adimplendum*⁷⁷.

Esso instaura una sorta di dipendenza reciproca tale per cui molti autori hanno parlato di effetti pratici identici a quelli determinati dal sinallagma di un Trattato Internazionale.

In conclusione, dunque, è possibile pacificamente sostenere che gli strumenti di *soft law*, i quali sempre più spesso gestiscono i rapporti tra gli attori della Comunità Internazionale in sostituzione di atti di diritto internazionale *hard*, pur non essendo sottoposti al fondamentale principio proprio del diritto dei Trattati *pacta sunt servanda*, bensì al principio *inadimplenti non est adimplendum*, nondimeno costituiscono espressione indiscutibile delle norme del diritto internazionale vigente.

Gli atti di *soft law* internazionale rappresentano, dunque, indiscutibilmente *ius cogens*.

⁷⁵ L'applicazione di tale clausola è stata statuita dalla Corte Internazionale di Giustizia, nell'affare *Temple of Preah Vihear*, Merits, judgement of 15 June 1962, ICJ Reports, 1974; in dottrina, invece, si veda quanto sostenuto da Klabbers J., *The concept of Treaty in International Law*, 1996, pagg. 94 e sgg., e da Aust, *The Theory and Practice of Informal International Instruments*, 35 ICLQ, 1986, pag. 810.

⁷⁶ Principio richiamato, ad esempio, dalla Corte Internazionale di Giustizia, nell'affare *Nuclear tests case*, judgement of 20 december 1974, ICJ Reports, 1974, pag. 268.

⁷⁷ Si cfr., tra gli altri, Verdross A. e Simma B., *Universelles Volkerrecht*, 1984, pag. 1309.

CAPITOLO III

Cause del diffondersi dell'attuale soft law statale

SOMMARIO: 1. *Crisi della legge e globalizzazione* ; - 2. *Il soft law pronuncia l'elogio funebre della Legge formale, oppure può salvarla dalla crisi nella quale versa ?*.

1. Crisi della legge e globalizzazione

1.1. Gli attuali Stati Nazionali si rispecchiano pienamente nelle caratteristiche proprie dello Stato liberale di diritto di inizio secolo scorso, basato sull'inversione del rapporto tra potere e diritto che costituiva la quintessenza del *Machtsstaat* e del *Polizeistaat* : non più *rex facit legem*, ma *lex facit regem*.

E si caratterizzava altresì per un'ulteriore caratteristica peculiare: l'affermazione della *legge* quale fonte di produzione giuridica per eccellenza, intesa come atto deliberato da un Parlamento rappresentativo capace di porsi in posizione di supremazia nei confronti del Potere esecutivo ed in grado di divenire strumento di garanzia dei diritti dei cittadini.

Lo Stato liberale di diritto era uno *Stato legislativo* che affermava se stesso attraverso il *principio di legalità*, segnando la sconfitta delle tradizioni giuridiche dell'Assolutismo e dell'*Ancien regime*, e portando con sé un'ulteriore importante conseguenza, la riduzione del diritto alla legge.

La concezione del diritto adeguata a questa forma di Stato era il cd. "positivismo giuridico"

quale scienza che presupponeva la concentrazione della produzione del diritto in una sola istanza costituzionale, l'istanza legislativa.

Lo Stato liberale di diritto postulava la riduzione di tutto ciò che appartiene al mondo del diritto a ciò che la legge dispone.

Tale forma di Stato è andata incontro nella prima metà del XX secolo ad una ulteriore trasformazione nella veste dello "Stato costituzionale".

La novità riguarda la posizione della legge, che per la prima volta viene subordinata ad uno stato più alto di diritto, stabilito dalla Carta Costituzionale.

Parte della dottrina ha considerato tale mutamento genetico una semplice integrazione dei principi del *Rechtsstaat*, capace di portare a termine il programma dell'integrale soggezione al diritto di tutte le funzioni statali, legislazione compresa.

D'altra parte, questo modello di Stato sovrano, titolare del monopolio della decisione politica, attraversa una crisi, a detta dei più, irreversibile che sta portando alla fine l'epoca della statualità così come intesa nel XIX e XX secolo.

I primi segnali di un'evoluzione che avrebbe poi minato dall'interno l'intera struttura statale liberale, si sono avuti quando, nella seconda metà del XX secolo è andato progressivamente in crisi il vincolo dell'amministrazione alla previa determinazione legislativa.

Il potere esecutivo, nell'ambito di un apparato istituzionale tendente sempre più verso una sorta di "Stato sociale di diritto", assumeva su di sé l'onere della gestione diretta dei grandi interessi pubblici – si pensi al settore della sanità dell'istruzione – che portava ad affermare necessariamente un principio di "autonomia funzionale dell'Amministrazione". In presenza di interessi sociali collettivi di ampia portata, la legge si limita soltanto ad individuare l'autorità pubblica e ad autorizzarla in vista del raggiungimento dei fini di pubblica utilità.

Ma non si è limitato a questo l'intervento dello Stato in economia, in quanto si è rivelato estremamente forte l'impegno anche nell'attività di protezione attiva di determinati principi di giustizia sostanziale che troppo spesso correivano il rischio di venire violati dalla libera

competizione delle forze economiche.

La seconda metà del XX secolo è pervasa da questo imponente e difficoltoso tentativo di riappropriazione dell'economico da parte del politico, contro la pretesa del capitalismo di fine Ottocento ed inizio Secolo scorso di far tacere il politico, o di fargli parlare la sua stessa lingua.

D'altra parte, non v'è chi non veda come il tentativo della politica di dominare gli eventi economici sia, in realtà, rimasto solamente un tentativo, vano nei risultati.

A tal proposito, infatti, è innegabile che gli eventi economici, politici e sociali che hanno caratterizzato gli ultimi anni del secolo scorso e che ancora oggi manifestano i loro effetti, hanno determinato una situazione di chiara e probabilmente irreversibile crisi della "sovranità" degli Stati nazionali.

Lo Stato costituzionale, lo Stato sociale di diritto, evoluzione novecentesca dello Stato liberale di diritto sorto come istituzione nuova nel XIX secolo, vive oggi un periodo di innegabile difficoltà. La "sovranità", intesa come "*potere di decidere sullo stato di eccezione*" (Schmitt), come monopolio nell'uso in ultima istanza della forza legittima, quale elemento fondante della legittimazione dello Stato nazionale, appare oramai posta irreversibilmente in crisi da quel fenomeno fin troppo noto col termine "globalizzazione".

Una vasta letteratura giuridica ha chiaramente evidenziato l'erosione della sovranità e della concezione statalista, monista del diritto. Una moltitudine di istanze autonomiste, di autorità, di lobbies, di interessi particolaristici tendono a creare un loro indipendente e pienamente efficace ordinamento, sciolto da quello di derivazione "pubblica".

Un insigne giurista ha parlato a tal proposito di una prassi consolidata per la quale ormai "*uomini d'affare si danno a produrre diritto perché il diritto ufficiale, legale è lento, è sordo. È ormai il potere economico, che con la sua prassi, diviene fonte di produzione del diritto. Dopo duecento anni di monismo giuridico, oggi siamo di fronte ad un indiscusso pluralismo giuridico, per cui si può agevolmente sostenere che la globalizzazione abbia avvicinato common law e civil*

law”⁷⁸.

E d'altronde, se analizziamo la storia dello *ius publicum*, ci accorgeremo che la struttura Stato-Nazione, intesa quale istituzione deputata in via esclusiva alla gestione della *res publica*, è di recentissima creazione⁷⁹. In altre parole, lo Stato sovrano di cui noi abbiamo conoscenza da circa duecento anni, non è stata l'unica forma di governo conosciuta dalla storia dell'umanità.

È, pertanto, assolutamente legittimo e non utopistico pensare all'eventuale sviluppo di un diverso modello politico-istituzionale deputato alla gestione della *res publica* che non si identifichi, d'altra parte, necessariamente con gli attuali territori delimitanti i confini nazionali.

Lo Stato, infatti, lo si ribadisce, non appare più in grado di gestire, attualmente, gli eventi politici mondiali, dai quali, piuttosto, appare travolto.

Le società pluraliste attuali, segnate dalla presenza di una grande varietà di gruppi sociali portatori di interessi, ideologie, progetti estremamente differenziati tra loro operano in conflitto evidente con l'idea di Sovranità dello Stato.

1.2. La globalizzazione, in quanto processo di trasferimento di poteri dagli Stati ai mercati, ha prodotto degli effetti particolarmente significativi nell'ambito della sfera istituzionale dei Paesi di cultura giuridica continentale.

La preminenza dell'apparato statale ha segnato senza dubbio alcuno le istituzioni giuridiche dell'Europa continentale in senso quasi esclusivamente pubblicistico, cristallizzandole nell'arrogante convinzione di poter organizzare e gestire il mondo sociale dall'alto.

Come già sottolineato in precedenza, in Europa il diritto è sempre stato considerato come comando del sovrano che attendeva obbedienza.

Era l'idea propria del positivismo giuridico per la quale il diritto doveva essere indissolubilmente statale ed in grado di calarsi dall'alto imponendo misure “certe” e “calcolabili” ad ogni forma di comportamento sociale, ivi compresi quelli degli operatori economici privati.

⁷⁸ Prof. Paolo Grossi, incontro del 19 marzo 2004, sul tema “Crisi della legge e processi di globalizzazione”, Università Federico II, Napoli.

⁷⁹ Paolo Grossi, in occasione del dibattito sopra citato.

Il diritto è stato inteso, dunque, in ambito continentale, come un “diritto formale” legato allo Stato nazione, quale istituzione detentrica del monopolio dell'uso legittimo della forza su un determinato territorio.

L'idea del diritto formale di derivazione statale è stata da sempre collegata alla gestione di un determinato territorio.

La globalizzazione, intesa come *“l'intensificazione di relazioni sociali mondiali che collegano tra loro località distanti facendo sì che gli eventi locali vengano modellati dagli eventi che si verificano a migliaia di chilometri di distanza e viceversa”*⁸⁰, se si guarda alla storia e alla cultura giuridico-istituzionale propria dell'Europa continentale fondata intorno al baricentro statale, presenta tratti decisamente rivoluzionari.

*“Qui si vedono i tratti di una cesura più che di una continuità. È come se la globalizzazione interrompesse quel capitolo di storia europea contrassegnato dalla centralità degli Stati, imponendo una nuova sorta di imperialismo guidato dalle forze economiche”*⁸¹

In tale “rivoluzionario” contesto economico mondiale si assiste ad un'innegabile frammentazione della sovranità in quanto sono ormai mutati gli attori protagonisti dei processi di creazione del diritto e, allo stesso tempo, le procedure e modalità classiche di produzione normativa.

“ Si tratta dell'esito estremo di un diritto che, ripercorrendo le infinite ragioni dello scambio

⁸⁰ Giddens A., *Le conseguenze della modernità*, Il Mulino, Bologna, 1994, pag. 71.

⁸¹ Ferrarese M.R., *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2000, pag. 12. L'autrice, in tale saggio, ha operato un'analisi approfondita del fenomeno della globalizzazione, considerandola, però, *“non tanto come una vicenda interna del capitalismo, che modifica solo l'assetto e l'estensione delle relazioni economiche, bensì anche e soprattutto in quanto vicenda che esporta effetti significativi nella sfera istituzionale”*. È per tale ragione che *“dato l'angolo d'osservazione prescelto appare insoddisfacente definire la globalizzazione nei termini di Giddens [...] Questo modo di descrivere la globalizzazione ha un'indubbia efficacia rappresentativa poiché ci mette davanti agli occhi un sistema di fili che collegano le azioni del teatro mondiale. Ma vi sono almeno due ragioni per ritenere insoddisfacente questo tipo di definizione. In primo luogo, perché descrive come nucleo tipico della globalizzazione un aspetto che, pur essendo oggi sempre più evidente e sempre più avvertibile da tutti, è tutt'altro che nuovo e non riflette un cambiamento qualitativamente caratterizzante, ma semmai solo quantitativamente più presente. In secondo luogo, perché, concentrandosi su questo effetto di maggiore evidenza alla superficie, si perdono di vista altri aspetti che, a ben vedere, sono invece assai più caratterizzanti e tipici della globalizzazione, a partire da un importante cambiamento nella sfera dei rapporti tra politica ed economia o, se si vuole, tra stati e mercati”*.

È alla luce di tali considerazioni, dunque, che l'autrice ritiene maggiormente pertinente la definizione della globalizzazione offerta da S. Strange che la considera come un processo di passaggio di consegne di sempre maggiori poteri dagli stati ai mercati, in *Chi governa l'economia mondiale?*, Il Mulino, Bologna, 1998, pag. 57.

sui mercati, si moltiplica e si frammenta in un inesauribile ordine giuridico **delle possibilità**”⁸²

Ed invero, in un contesto giuridico-istituzionale nel quale i confini degli Stati non segnano più i confini dei mercati, si assiste al proliferare di nuove informali tecniche di produzione giuridica e nuovi attori, sconosciuti fino a qualche anno fa, in grado di giocare un ruolo talvolta determinante nei processi di elaborazione di nuove “atipiche” regole di disciplina del mercato e dell'economia.

A tal proposito, dubbi sorgono laddove ci si accinge a riflettere sul ruolo svolto da Organizzazioni quali la *World Trade Organization*, o qualora si conduca l'analisi allo studio del fenomeno della cd. *Lex mercatoria*, intesa come fonte di norme capace di superare la classica dicotomia tra forme giuridiche tipiche e forme atipiche.

*“Insomma si può parlare di nuove forme di **intelligenza giuridica**, prodotte al contempo da vari soggetti pubblici e privati, che accompagnano la vita dei mercati”*⁸³

In conclusione, l'elemento caratterizzante e ricorrente nell'ambito di queste nuove modalità di produzione di regole di condotta pratiche degli operatori economici è la presenza contemporanea, promiscua ed assolutamente informale di attori pubblici e privati, i quali, avvalendosi all'occorrenza di strumenti nuovi e sconosciuti e di procedure più elastiche e variabili, si curano di elaborare regole concrete teleologicamente orientate alla regolazione “dal basso” prevalentemente dei rapporti economici e commerciali propri di questo nuovo mondo globalizzato⁸⁴. Accanto alla classica produzione normativa formale, i rapporti sociali ed economici contemporanei sono disciplinati ormai innegabilmente da un insieme di incerte, mutevoli, informali e stratificate regole che stanno rendendo sempre più flebile e quasi distruggendo la sovranità statale e la collegata forza del potere

⁸²Ferrarese M.R., *op. cit.*, pag. 7.

⁸³Ferrarese M.R., *op. cit.*, pag. 59. L'autrice continua sottolineando che tali nuove forme giuridiche, sia che siano prodotte da soggetti pubblici sia da soggetti privati, “solo in parte continuano a rispondere, weberianamente, alla funzione di assicurare ordine e prevedibilità delle transazioni economiche”. Il quadro giuridico assume dunque un carattere composito, e “ il diritto si ristruttura secondo moduli essenzialmente procedurali, che permettono un'immissione crescente di elementi e contenuti variabili, in virtù di spinte informali e privatistiche. **E il cambiamento è il risultato di rapporti dialettici che si instaurano tra diversi produttori di diritto (pubblici e privati, statali e sovrastatali o infrastatali) e tra elementi formali ed elementi informali. I risultati di queste continue e reciproche interazioni raggiungono di volta in volta una relativa strutturazione, non sono mai stabili e definitivi** ”

⁸⁴ Si veda, al riguardo, quanto sostiene Ferrarese M.R., *op. cit.*, pag. 92, laddove afferma che “si produce così un variegato repertorio di strumenti giuridici che, piuttosto che seguire i classici percorsi della legalità, asseconda e promuove dinamiche giuridiche compatibili con l'estensione del raggio d'azione delle relazioni economiche. Questa **giuridicità camaleontica**, dal carattere spiccatamente adattativo e teleologico è chiamata a servire i mutevoli bisogni del mercato”.

politico istituzionale statale.

La conseguenza di tale accresciuta presenza di informalità nelle relazioni giuridiche tende a contrassegnare la giuridicità contemporanea come un insieme indefinito di vuoti, di “zone grigie”⁸⁵, caratterizzate da un equilibrio precario in quanto in perenne transizione.

Così, accanto a operatori economici privati che utilizzano regole definite di *self-regulation*, le stesse istituzioni pubbliche collaborano con tali forze private dando vita a forme di produzione normativa considerate di *co-regulation*, oppure in una notevole varietà di casi “inventano” originali ed atipici strumenti normativi, caratterizzati, però, da una “normatività attenuata”, che chiameremo, per distinguerli dagli altri tipi di precetti, *soft acts*.

In conclusione, allora, possiamo affermare che mentre nel tradizionale pensiero giuridico continentale, di derivazione illuministica e positivista, il diritto si inserisce in un sistema unitario e gerarchico delle fonti di produzione normativa, oggi, invece, al posto di tale monismo giuridico va sostituendosi una condizione completamente opposta, che vede un potere frammentato, disperso, privatizzato, che si muove secondo logiche eterarchiche⁸⁶.

È questa l’origine storica, economica ed istituzionale di quel variegato repertorio di strumenti giuridici informali di attenuata forza vincolante che la dottrina ha riunito sotto l’ampio concetto di *soft law*.

Non bisogna, dunque, a nostro parere, affrontare con *méfiance* e paura l’analisi di tali nuove forme di giuridicità, perché esse rappresentano nient’altro che l’espressione del mondo giuridico moderno affannosamente alla ricerca di una nuova identità che consenta di continuare ad essere elemento determinante della organizzazione della società contemporanea, apparentemente o, forse, realmente sempre più dominata dalle dinamiche economico-commerciali.

⁸⁵S. Strange, *op. cit.*, la quale riprende questa espressione da Minc A., *Le nouveau Moyen Age*, Gallimard, Paris, 1993.

⁸⁶Bano F., *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione : il soft law*, Lavoro e diritto, 2003, pagg. 49-50, il quale, a sua volta riprende le considerazioni svolte da Grossi P., *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, 2000, <http://www.grupposanmartino.it/Grossi.htm>; sul tema, inoltre è intervenuto anche Ladeur K., *The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law. From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships*, EUI Working Paper Law n. 99/3.

Il *soft law* può davvero permettere al giuridico di riappropriarsi, in forme e modalità differenti da quelle classiche, dell'economico, scongiurando il rischio di un mondo globalizzato nel quale il mercato sia la fonte privilegiata della normatività.

2. Il soft law pronuncia l'elogio funebre della Legge formale, oppure può salvarla dalla crisi nella quale versa?

Nel mercato globale, dunque, “la giuridicità perde la configurazione rigida che era tipica della tradizione positivista europea”⁸⁷, ed in ogni ambito si presentano, dunque, esempi di una giuridicità che viene considerata dalla dottrina dominante come “destrutturata e multiforme”⁸⁸

Si assiste alla sconfitta di una normatività monolitica, e l'affermarsi di un'idea di giuridicità come *continuum* di atti formali e morbidi, rigidi ed elastici che conferiscono un'assoluta gradualità al fenomeno normativo stesso.

Una molteplicità di fonti, espressione anche di ordinamenti minori⁸⁹ che concorrono, in taluni settori, con quello statale, contribuiscono dunque a creare un “ordinamento a composizione plurima”⁹⁰

A tal proposito si è parlato di “governi particolari” che spesso non accettano una posizione d'ombra rispetto all'ordinamento statale e che, pertanto, minano dal profondo, come peraltro già sottolineato, la statualità del diritto⁹¹.

⁸⁷Espressione utilizzata da Sciarra S., *Parole vecchie e nuove : diritto del lavoro e occupazione*, in ADL, 1999, pagg. 380.

⁸⁸Si veda, fra i tanti, Bano F., *op. cit.*, pag. 61.

⁸⁹Tale fenomeno della “pluralità degli ordinamenti giuridici” è stato elaborato, per la prima volta, da S. Romano nella sua opera *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Spoerri, Pisa 1918. Sullo stesso argomento, poi, qualche anno dopo, si è fermata l'analisi di Bobbio N., *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Giuffrè, Milano, 1977, pagg. 25 e sgg.

⁹⁰Zagrebelsky G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pag. 47.

⁹¹In relazione a tale tematica si legga ancora Zagrebelsky, *op. cit.*, laddove afferma che “la statualità del diritto, che era una premessa essenziale del positivismo giuridico del secolo scorso, è così messa in discussione e la legge spesso si ritrae per lasciare campi interi a normazioni di origine diversa, provenienti ora da soggetti pubblici locali, conformemente al decentramento politico e giuridico che segna caratteristicamente la struttura degli Stati odierni, ora dall'autonomia di soggetti sociali collettivi, come i sindacati dei lavoratori, le associazioni degli imprenditori, nonché

Siffatta concorrenza di fonti, che ha sostituito il monopolio legislativo del secolo scorso costituisce, così, uno dei principali motivi di crisi del principio di legalità, ormai messo alla berlina, di fatto, dalla incoerenza e talvolta inutilità delle leggi formali, nella giungla di fonti alternative che ogni giorno producono un diritto parallelo o conflittuale a quello legale di origine legislativa.

D'altra parte, a ben vedere, ciò che viene messo in crisi dal proliferare di atti di *soft law* nel panorama giuridico contemporaneo, non è, come gran parte della dottrina sostiene, la forza della Legge formale in quanto tale, bensì il significato più profondo dello Stato di diritto, inteso come Stato eminentemente legislativo.

È il *rule of law* che si trova ad essere attaccato e, azzarderei, quasi sconfitto.

A nostro avviso, invece, la legge formale, quale supremo strumento regolativo, prodotto dell'attività di assemblee rappresentative, libere espressioni della sovranità degli elettori, può ritrovare in una situazione di tale confusione e disorientamento quel suo ruolo di fonte di produzione di un diritto generale ed astratto, che si pone come baluardo indiscusso all'azione dell'amministrazione della giurisdizione e dei cittadini.

Ed invero, l'elemento di maggiore destabilizzazione del primato della Legge, oltre alla competizione di molteplici ed incontrollabili ordinamenti minori, è rappresentato, indiscutibilmente, dall'ormai consuetudinario depauperamento dello strumento legislativo di quei contenuti normativi generali ed astratti che costituiscono fattori strutturali di ogni norma giuridica perfetta.

La riflessione svolta da Zagrebelsky nel suo saggio *Il diritto mite* mette magistralmente in evidenza che l'epoca attuale è caratterizzata da una *véritable* "polverizzazione" del diritto legislativo, attraverso la moltiplicazione di leggi a carattere settoriale e temporanee, cioè *a generalità ridotta o a basso grado di astrattezza*⁹², che conduce all'aberrazione di sempre più frequenti leggi-provvedimento o leggi meramente retroattive, quali ad esempio i condoni generalizzati. Insomma lo strumento legislativo perde sovente il suo istituzionale e la sua formale

le associazioni professionali. *Tali nuove fonti del diritto, sconosciute nel monismo parlamentare del secolo scorso, esprimono autonomie inidonee a incanalarsi in un unico e accentrato processo normativo*".

⁹²J.E. Nowaj – R.D. Rotunda – J.N. Young, *Constitutional Law*, West Publishing, St. Paul Minn, 1986, pagg 102 e sgg.; L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, 1988, pagg. 96 e sgg.

forza “regolativa” per degradare a provvedimenti di natura sostanzialmente amministrativa rinforzata, lasciando le “norme” il posto a “misure concrete”.

Certo le cause sono senz’altro da rinvenire nella struttura della società attuale, caratterizzata dal predominio dell’economia sulla politica e dall’ansia della politica di rincorrere il mercato attraverso una normazione che si adegui “in diretta” ai continui mutamenti e alle sempre nuove esigenze della società economica contemporanea.

Accanto a questa pur ammirevole aspirazione dei Legislatori odierni, poi, la vitalità crescente di gruppi di interesse corporativi, di vere e proprie potenti lobbys esercita una pressione continua sulle Istituzioni legislative, le quali sono quasi costrette a dare vita a numerose, sempre più frammentate, legislazioni di settore al fine di garantire la vigenza di norme giuridiche ad hoc per ogni settore della vita economica e commerciale. È questa la causa di quel fenomeno, ormai irreversibile, di *contrattualizzazione* dei contenuti della Legge, che diviene, così, non più fattore di ordine, bensì espressione di disordine sociale⁹³.

È in questo contesto di crisi apparentemente irreversibile della funzione ordinatrice dello strumento legislativo, che una riflessione critica sulla possibilità di porre un rimedio, sia pure *in extremis*, a tale stato di cose deve essere affrontata.

Ed invero, non sarebbe forse più opportuno che le Istituzioni pubbliche deputate a produrre diritto e dunque gli ordinamenti legali internazionali, statali e comunitario, prendessero definitivamente atto della esistenza di fonti di diritto “altre”, esterne rispetto ai sistemi esistenti, e decidessero quindi di assicurare a tali strumenti di *diritto morbido* un formale ed inequivoco riconoscimento giuridico?

Tale operazione consentirebbe innanzitutto di cristallizzare taluni atti e talune procedure al fine di chiarirne l’efficacia, la forza e soprattutto la loro posizione nell’ambito di un disegno

⁹³Si legga a tal riguardo Zagrebelsky, *op. cit.*, pagg. 44 e sgg., il quale continua affermando che alla polverizzazione della Legge si aggiunge altresì l’eterogeneità dei suoi contenuti. Ed invero, il pluralismo delle forze politiche e sociali in campo, ormai tutte ammesse alla competizione per l’affermazione di propri interessi di “classe” nell’ambito di uno Stato pluralista e democratico, conduce all’eterogeneità anche e soprattutto dei valori e degli interessi espressi dalle leggi.

complessivo di organizzazione gerarchica delle fonti, che, a nostro avviso, è, e deve continuare ad essere, un pilastro fondamentale di ogni ordinamento giuridico dato.

Ed ancora, siffatto riconoscimento darebbe altresì la possibilità di individuare un insieme di elementi strutturali minimi che permettano di considerare un atto precettivo alla stregua di una vera e propria fonte di *diritto*, seppur *attenuato*.

Tanto con buona pace di quella dottrina che intende risolvere il problema di una ricostruzione della teoria delle fonti sulla base di una visione sostanzialistica e materiale di essa. Quest'orientamento, invero, a nostro avviso, pur essendo mosso dall'intento lodevole di superare le difficoltà di riconoscimento giuridico di alcuni strumenti regolativi, corre tuttavia il rischio di introdurre un'eccessiva ed incontrollata incertezza nel campo del diritto, in relazione al momento di riconoscimento di un atto quale fonte ed all'individuazione dei soggetti incaricati di "riconoscere" tale fonte.

Infine poi, il formale riconoscimento, da parte degli ordinamenti giuridici statuali continentali⁹⁴, della esistenza e dell'efficacia di alcuni tra i più ricorrenti atti di *diritto morbido*, se da un lato rappresenterebbe l'ammissione implicita della sconfitta della concezione classica del monismo dell'ordinamento giuridico, da un altro lato, però, potrebbe costituire il fattore di rilancio del ruolo istituzionale della Legge formale. Ed invero, la piena consacrazione giuridica degli atti di *soft law* consentirebbe di utilizzare degli strumenti regolativi, già di fatto esistenti, che siano ontologicamente più adatti a disciplinare settori della vita economica e commerciale contemporanea, ed evitare così di avvalersi della fonte Legge formale per rispondere alle mutevoli, cangianti, imprevedibili esigenze di alcune aree della vita sociale.

La Legge potrebbe, in tal modo, recuperare quel suo ruolo di generale ed astratto strumento normativo in grado di conferire davvero nuovamente ordine ai sistemi giuridici statali, senza l'ansia di rincorrere i mercati nel tentativo di dominarne le dinamiche.

Solo così si sottrarrebbero la fonte di diritto per eccellenza alle continue pressioni di

⁹⁴ Tale discorso, del resto, è estendibile – come si vedrà – anche all'ordinamento comunitario europeo.

categorie, di gruppi d'interesse, di ordinamenti minori, che creano una frammentazione ed una contrattualizzazione dei contenuti legislativi che condurrà, altrimenti, alla distruzione della Legge formale in quanto tale.

Insomma, per battere il nemico o per non essere distrutti dal nemico, bisogna a volte cercare, seppur a malincuore, forme di collaborazione pacifiche con lui.

Orbene, alla luce di tali considerazioni, emerge forte un bisogno di recuperare quella che era, e continuerà ad essere, la funzione primaria, direi atavica, del diritto, cioè la capacità di assicurare la pacifica convivenza di una collettività, organizzandola intorno a regole istituzionali ed organizzative. Provando a tenere in debito conto questa considerazione, ci si accorgerà che non rappresenta un dramma la circostanza che non sia più soltanto la Legge formale ad assicurare la gestione dell'ordinata convivenza di una determinata comunità territoriale.

Bisogna, a nostro avviso, approcciarsi al fenomeno giuridico con una visione ormai assolutamente dinamica e non statica.

La tensione emotiva dello studioso e dell'operatore del diritto deve essere rivolta all'individuazione del mezzo più adatto, a seconda delle molteplici situazioni che caratterizzano la società attuale, a raggiungere lo scopo predefinito.

Perché non avvalersi di strumenti nuovi, elastici, rapidi per disciplinare settori specifici imponendo, mediante una loro formalizzazione, il rispetto del sistema esistente delle fonti e dei principi fondamentali espressi da ciascun ordinamento giuridico vigente?

La scienza giuridica deve curarsi non solo dell'analisi dei contenuti migliori, ma anche delle forme più opportune.

Così le Istituzioni legislative devono occuparsi non solo della ricerca del contenuto più consono alla disciplina di una fattispecie concreta, ma anche degli strumenti più opportuni per ottenere un determinato risultato.

Verrebbe da dire che il fine può e deve giustificare i mezzi.

CAPITOLO IV

Il concetto di soft law nel diritto interno

SOMMARIO: 1. *Quali limiti incontra il soft law nell'ordinamento statale ? ;* - 2. *Il soft law nel sistema delle fonti interno ;* - 3. *Gli atti di moral suasion delle Autorità indipendenti ;* - 4. *Caratteristiche e funzioni del soft law delle Autorità Indipendenti ;* - 5. *Il soft law nella legge ? ;* - 6. *Il soft law post legem nel sistema delle fonti ;* - 7. *Soft law nel diritto del lavoro italiano ;* - 8. *Una riflessione critica: il diritto del lavoro contemporaneo si sta affrancando dal principio tabù dell'inderogabilità normativa? ;* - 9. *Le norme programmatiche degli Statuti regionali sono soft law ? ;* - 10. *Il sindacato giurisdizionale sugli strumenti di soft law : è possibile oppure impossibile, è desiderabile oppure indesiderabile ?*

1. Quali limiti incontra il soft law nell'ordinamento statale ?

Gli atti di *soft law* sono sempre più frequenti nello scenario internazionale, ma il fenomeno assume contorni notevoli altresì nel diritto interno.

La problematica che emerge con vigore quando parliamo, però, di diritto statale riguarda l'ontologica ed intrinseca possibilità di ammettere l'esistenza di *soft law* in un sistema giuridico che rinviene al suo interno tutti gli strumenti in grado di colmare lacune normative⁹⁵ e di risolvere antinomie tra regole pariordinate che si succedono nel tempo, o tra norme di forza gerarchica differente che coesistono nella regolazione di una materia, o tra norme generali e speciali⁹⁶.

Insomma, è pacifico che quando, in dottrina, si parla di ordinamento giuridico statale, si intende far riferimento ad un complesso organico e strutturato di norme razionalmente coordinate

⁹⁵ Interpretazione estensiva, analogica, o sistematica di una norma.

⁹⁶ Criterio cronologico, gerarchico, e di specialità in grado di regolare i rapporti tra precetti giuridici..

tra loro ed in grado di essere sistema mediante strumenti capaci di dare adeguata soluzione ad eventuali attentati all' "ordine".

Nonostante tali considerazioni, tuttavia, la prassi corrente ci pone di fronte un ampio panorama di atti persuasivi, collaborativi, esortativi, prodotti da Enti istituzionali, da Associazioni di categoria, o da Autorità Amministrative.

Ciò che, ad un'analisi approfondita del fenomeno, non si verifica assolutamente nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano è l'emanazione di strumenti giuridici *sui generis* da parte di Organi Costituzionali nazionali⁹⁷.

Ed invero, tali Istituzioni si curano bene di non eccedere quelle che sono le proprie competenze e di conseguenza i poteri di cui sono titolari.

Questo perché i loro compiti sono espressamente fissati dalla Carta Costituzionale, onde ogni attività rivolta all'emanazione di atti innominati non previsti in Costituzione può dar luogo indiscutibilmente a conflitti di competenze o di attribuzione o a violazioni dirette del dettato costituzionale.

Facciamo riferimento, a tale proposito, all'attività del Presidente della Repubblica, delle Camere, del Governo e della Corte Costituzionale.

Prendendo l'esempio del Parlamento, risulta di ogni evidenza che esso non possa assolutamente introdurre una normativa nel nostro sistema giuridico mediante degli strumenti di cui non dispone della titolarità. È pacifico, invero, che le Camere non possano regolare una fattispecie concreta mediante l'adozione di un Regolamento amministrativo, ma siano obbligate ad utilizzare gli atti aventi forza di legge o le leggi formali.

Con la piena consapevolezza, del resto, che se un atto del Parlamento presenti una difformità rispetto al procedimento indicato in Costituzione o un contrasto col contenuto di una norma o

⁹⁷ Si definiscono tali, secondo la tradizionale definizione di Martinez T., "*quegli organi dello Stato che, posti al vertice dell'organizzazione statale, si trovano in una situazione di indipendenza e di parità giuridica fra loro...Gli organi costituzionali sono altresì indefettibili, nel senso che la loro presenza nell'ordinamento vale a caratterizzare la forma di Stato o la forma di governo, laddove il loro venir meno provocherebbe un mutamento dell'assetto costituzionale dei poteri...Se tali organi venissero a mancare o fosse profondamente mutato il loro modo di formazione o il tipo di rapporti tra loro intercorrenti la forma di Stato o la forma di governo muterebbero anch'esse*".

principio costituzionale, esso sarà affetto da un vizio formale o materiale di incostituzionalità sanzionabile in via d'azione o in via incidentale.

Ecco, quindi, chiarito il perché, a nostro avviso, dell'impossibilità logica e tecnico-giuridica che un Organo costituzionale dia vita ad un'attività di regolazione attraverso strumenti atipici non contemplati dalle relative norme attributive di competenza.

2. *Il soft law nel sistema delle fonti interno*

Ciò che emerge con maggiore vigore dall'analisi della situazione economico-giuridica contemporanea è che la globalizzazione – di cui si è già in parte discusso – ha determinato una sostanziale americanizzazione delle istituzioni, creando delle istituzioni, appunto, “market-friendly”, tali, cioè, da risultare attente e sensibili alla logica degli interessi di mercato⁹⁸.

Tale fenomeno ha provocato delle conseguenze non solo a livello globale di diritto internazionale, ma anche e soprattutto all'interno degli ordinamenti statali.

2.1. Ed invero, si assiste, in primo luogo, con sempre maggiore frequenza al sorgere di nuovi attori in grado di contribuire alla elaborazione di norme in settori ovviamente dominati da dinamiche di mercato. I Legislatori statali vengono *de facto*, spesso anche con loro tacito assenso, affiancati, pur senza essere mai totalmente sostituiti, da nuove figure istituzionali o da associazioni di soggetti economico commerciali privati.

Il diritto statale, in aree della vita sociale maggiormente sensibili alle logiche dell'economia e del mercato, sta per cessare ormai di essere una prerogativa esclusiva dei soggetti giuridici ufficiali.

L'ordinamento interno assiste, infatti, allo sviluppo di figure istituzionali che partecipano come “*co-autori*” alla produzione normativa, alla stregua di soggetti “*co-titolari*” della potestà normativa in taluni delicati settori.

⁹⁸ Ferrarese M.R., *op. cit.*, pag. 7.

I soggetti che interagiscono nell'azione di produzione giuridica non sono più soltanto le tradizionali istituzioni di natura costituzionale.

Ciò che caratterizza, però, tale fenomeno a livello statale è, a nostro avviso, il fatto che è direttamente lo Stato-amministrazione a decidere, in maniera talvolta assolutamente lungimirante, di affiancare al Legislatore degli attori istituzionali differenti che possano, in determinate discipline, contribuire alla produzione di un sistema articolato di norme, e quindi di una disciplina più sensibile alle concrete e reali esigenze socio-economiche, in termini di contenuti e di tempi procedurali.

Questo fenomeno può essere, allora, definito – con un termine che utilizzeremo più approfonditamente in seguito – come una forma di c.d. *co-regulation*, in quanto è il Legislatore che decide di disciplinare determinati settori mediante una tecnica di *soft regulation*⁹⁹, cui ritiene opportuno affiancare la regolazione di altri soggetti istituzionali deputati ad integrare e completare con precetti *soft* gli spazi appositamente lasciati vuoti.

2.2. In tale complesso contesto, del resto, si verifica, nel diritto statale, anche un'ulteriore peculiare evoluzione, non di natura soggettiva, ma bensì oggettiva.

Ed invero, è innegabile che si assiste sempre più ad un cambiamento della natura e del carattere della norma giuridica prodotta dal Legislatore statale.

Con sempre maggiore frequenza, infatti, si elabora una disciplina statale elastica, che assume le forme di uno schema aperto, di una regola-cornice entro la quale inserire di volta in volta, con una rapidità tale da rispondere alle esigenze degli operatori economici, la norma più adatta al singolo e specifico settore di mercato preso in considerazione.

Orbene, è in tale contesto che si sviluppa la maggior parte di quegli strumenti di *soft law* rinvenibili nell'ordinamento giuridico interno, che seppur espressioni di una giuridicità attenuata,

⁹⁹ Si legga, sul punto, Greco N., *Consistenza, articolazione ed ambiguità della "regolazione"*, in Studi parlamentari e di politica costituzionale, 2004, fasc. 145-146, pag. 15, il quale afferma che la *soft regulation* consiste in una "regolazione flessibile", in cui le norme sono meno dettagliate, più aperte e ricche di clausole solo generali. La loro applicazione è affidata a funzionari di appositi organismi regolativi specializzati, mentalmente e ideologicamente inclini e professionalmente addestrati a tenere in conto le caratteristiche dei destinatari della "regolazione", allo scopo di evitare l'imposizione di comportamenti irragionevoli, dimostrando invece capacità di ascolto e di considerazione delle peculiarità.

sono e restano tuttavia *diritto* in una fase storica caratterizzata da una sconfitta del monismo giuridico statale.

2.3. Ed è in siffatto complesso contesto teorico che trova, infine, fondamento la presenza massiccia nell'ordinamento giuridico italiano di nuove determinanti Istituzioni denominate **Autorità Indipendenti**, intese come amministrazioni pubbliche che prendono le proprie decisioni in base alla legge istitutiva e ai propri procedimenti e regolamenti, e dotata di un elevato grado di autonomia nei propri giudizi e valutazioni rispetto all'esecutivo statale.

Tali istituzioni sono giustificate e richieste, nell'attuale contesto storico, soprattutto dall'arretramento dello Stato dalla regolazione del mercato e dal tramonto, dunque, del modello di intervento pubblico dirigistico nell'economia.

L'abbandono di posizioni interventiste statali ha determinato lo smantellamento e la liberalizzazione di settori nei quali esistevano fino alla metà degli anni Novanta grandi monopoli posseduti da soggetti pubblici nella gestione di attività di interesse economico generale.

L'apertura al mercato di aree economiche innanzi chiuse al libero gioco della concorrenza ha determinato, però, la necessità di istituire delle figure istituzionali in grado di tutelare e garantire gli operatori che entravano e agivano sul mercato in competizione con le imprese pubbliche ex monopoliste e soprattutto in grado di proteggere eventuali misure illegittimamente dannose per l'utenza.

È per tale motivo che l'elemento davvero caratterizzante della struttura organizzativa delle Autorità Indipendenti è il loro essere, appunto, "*indipendenti*" dal potere politico del governo, ed il loro essere effettivamente "*neutrali*" nei confronti degli interessi economici in gioco nei settori di rispettiva competenza.

3. *Gli atti di moral suasion delle Autorità indipendenti*

In diritto interno spiccano, dunque, tra gli strumenti riconducibili nell'alveo del *soft law*

statale, soprattutto gli atti di *moral suasion* o *dissuasion* delle Autorità indipendenti¹⁰⁰.

3.1. Assumono rilievo fondamentale, a tal riguardo, in primo luogo, le *istruzioni* della Banca d'Italia¹⁰¹.

Al fine di comprendere ed evidenziare l'intensa attività di *moral suasion* della Banca d'Italia, invero, basti fare riferimento addirittura all'art. 4, primo comma, del Testo Unico Bancario, il quale distingue i regolamenti, da emanarsi nei casi previsti dalla legge, e le *istruzioni*, generalmente funzionali ad interpretare ed individuare la normazione vigente, ma all'interno delle quali – così come per le comunicazioni della CONSOB – sono presenti anche atti sostanzialmente regolamentari.

Viceversa, le risposte ai quesiti della Banca d'Italia non sono pubblicate, per cui si tratta di atti persuasivi *minor generis*.

3.2. Grande interesse rivestono, poi, senza dubbio, gli atti adottati dall'Autorità Garante della Concorrenza ed il Mercato, la quale ha elaborato, nel corso della sua ancor breve ma intensa attività, diversi *Formulari* e *Comunicazioni*.

3.2.1. L'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato – benché dotata di poteri di accertamento della liceità e della illiceità dei fatti, piuttosto che di poteri normativi – dispone del potere di emanare atti di persuasione morale, in particolare i *formulari* previsti con il D.P.R. 461/199, come sostituito con il D.P.R. 217/1998.

Tali formulari – non vincolanti, ma vincolati – hanno costituito il grimaldello con cui l'Autorità antitrust ha sopperito proprio all'assenza del potere di emanare atti generali, astratti e vincolanti: non a caso talvolta l'Autorità ha preferito i formulari all'altro strumento mediante il quale essa è indirettamente partecipe del potere normativo. Il riferimento, a tal proposito, è all'art. 21 della Legge 287/1990, in virtù del quale essa è titolare del potere di segnalare a Parlamento e

¹⁰⁰Filippo Durante "Attività di *moral suasion* della Consob".

¹⁰¹S. Nicodemo, Gli atti normativi delle Autorità indipendenti, Padova, 2000, p. 141 e M. Clarich, Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia, in Riv. Impr. Soc. 2003, p. 47.

Governo le correzioni da apportare a provvedimenti normativi vigenti o in corso di formazione suscettibili di restringere la concorrenza; nonché all'art. 22 della stessa Legge, in virtù del quale detta pareri sulle iniziative legislative e regolamentari altrui.

3.2.2. Un ulteriore *atto d'indirizzo* dell'Autorità *antitrust*, considerabile alla stregua di *soft law*, è, del resto, anche lo schema di segnalazione di presunta ingannevolezza di un messaggio pubblicitario o illiceità di una pubblicità comparativa, emanato per interpretare il D.P.R. 284/2003.

3.2.3. Così come estremamente significativa nel quadro della nostra analisi, ad esempio, è senza dubbio la *Comunicazione* concernente alcuni aspetti procedurali relativi alle operazioni di concentrazione di cui alla legge 10 ottobre 1990, n. 287.

L'Autorità ha stabilito nel preambolo di tale atto che *“L'articolo 16, comma 1 della legge 10 ottobre, n. 287 (recante Norme per la tutela della concorrenza e del mercato) prevede che le operazioni di concentrazione, come definite dall'articolo 5 della legge, in caso di superamento delle soglie di fatturato previste, debbano essere preventivamente comunicate all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. L'articolo 16, comma 4 della legge dispone che l'Autorità, laddove ritenga che un'operazione di concentrazione sia suscettibile di essere vietata, proceda all'avvio dell'istruttoria entro trenta giorni dal ricevimento della notifica o dal momento in cui ne abbia comunque conoscenza. Il successivo comma 7 dello stesso articolo prevede che l'Autorità possa avviare l'istruttoria dopo la scadenza di detto termine nel caso in cui le informazioni fornite dalle imprese con la comunicazione risultino gravemente inesatte, incomplete o non veritiere.*

Con la presente Comunicazione l'Autorità, sulla scorta dell'esperienza maturata nell'applicazione della disciplina in materia di controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, intende fornire ai soggetti interessati alcune nuove indicazioni relative alla comunicazione delle operazioni di concentrazione.

L'Autorità avverte, innanzitutto, l'esigenza di instaurare una più ampia collaborazione con i soggetti interessati nella fase antecedente alla comunicazione formale delle operazioni di

concentrazione. In secondo luogo, l'Autorità si prefigge di realizzare un più ampio confronto con gli operatori del mercato in relazione alle operazioni di concentrazione formalmente comunicate".

3.2.4. Altrettanto importante, poi, è la *Comunicazione* sugli adempimenti relativi alle operazioni ai sensi dell'art. 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287¹⁰².

L'Autorità, in premessa, ha chiarito il valore da attribuire a tale *Comunicazione*.

Si legge, invero, che *“con la presente Comunicazione l'Autorità, sulla scorta dell'esperienza maturata nei primi due anni di applicazione della nuova disciplina, intende fornire alle imprese interessate alcune indicazioni relative, da un lato, al momento entro il quale dovranno essere effettuate le comunicazioni di cui all'articolo 8, comma 2ter, dall'altro, ai contenuti informativi minimi che dette comunicazioni dovranno contenere.*

Essa fornisce indicazioni anche con riguardo all'obbligo di comunicazione preventiva di cui all'art. 8.2 ter in relazione ad operazioni realizzate in ottemperanza a disposizioni dettate da discipline settoriali”.

Orbene, alla luce di tali considerazioni, appare evidente ed indiscutibile il ruolo di soggetto istituzionalmente in grado di produrre *soft law* di cui è titolare l'Autorità antitrust italiana.

3.3. Sono da analizzare con grande interesse, inoltre, nel quadro degli strumenti di *soft law* adottati da Autorità indipendenti, anche gli atti persuasivi dell'ISVAP sulle condizioni contrattuali, o le sue *Comunicazioni interpretative*.

A tal riguardo, è assolutamente sintomatica, a nostro avviso, la *Nota interpretativa di chiarimento*¹⁰³ della Circolare 26 novembre 2003 n. prot. 343614, relativa all'utilizzo delle disponibilità finanziarie della procedura e alle istruzioni sui mezzi di pagamento¹⁰⁴.

¹⁰² Pubblicata sul Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n°37/2003

¹⁰³ Roma, 28 giugno 2004, Prot. n. 16/04/443225.

¹⁰⁴ Con riferimento alle disposizioni impartite da tale Istituto con la circolare in oggetto, si è ritenuto di dover fornire taluni chiarimenti e precisazioni in merito al contenuto delle disposizioni stesse, anche tenuto conto dei riscontri forniti dalle procedure alla suddetta circolare e delle applicazioni concrete che ne sono derivate. I chiarimenti sono stati i seguenti :

1. Banche di “primario rilievo” In relazione alla scelta delle banche presso le quali effettuare operazioni di deposito e di investimento delle disponibilità liquide delle procedure, si precisa che possono considerarsi come rientranti nella categoria (e dunque ammessi) non soltanto gli istituti di credito che dispongono di sportelli sull'intero territorio nazionale e che hanno consistenza di patrimonio e di struttura notoriamente di dimensione rilevante, ma anche quelle banche che, pur avendo vocazione più specificamente “ territoriale”, appartengono comunque a gruppi bancari oppure sono quotate alla Borsa Valori. Resta pertanto interdetto alle gestioni liquidatorie l'utilizzo di banche le cui caratteristiche non trovino riscontro nelle “categorie” sopra indicate. Le procedure che ancora oggi si avvalgono di istituti di credito diversi da quelli indicati dovranno con ogni sollecitudine, e comunque entro 60 giorni dalla data della presente nota, procedere alla chiusura dei relativi conti e trasferire le somme ivi depositate/investite presso banche che rispondano ai requisiti prescritti. Di tale adempimento si chiede di fornire comunicazione all'Istituto nel termine indicato.

2. Numero dei conti bancari Nella circolare del 26 novembre 2003 è stato consentito l'utilizzo, presso la stessa banca o presso due banche diverse, di due soli distinti conti: l'uno (lettera a) destinato alle esigenze correnti della procedura, avente una giacenza costante non superiore a 500.000 euro (con obbligo di rendicontazione trimestrale all'Istituto degli impieghi delle somme ivi depositate) e l'altro (lettera b) alimentato dalle restanti disponibilità liquide della gestione e soggetto ad obbligo di preventiva autorizzazione Isvap per le operazioni di prelievo o investimento (in attesa della distribuzione ai

creditori). Si rammenta che unitamente alle relazioni trimestrali devono essere inviati all'Isvap gli originali degli estratti conto bancari riferiti al medesimo periodo trimestrale. Relativamente al numero dei conti la richiamata circolare ha fatto salva la possibilità di ciascuna procedura di richiedere all'Istituto un' autorizzazione in deroga adeguatamente motivata. In proposito si sottolinea che ai due predetti conti bancari può essere aggiunto il “conto Consap”, riguardante le imprese rientranti nel regime di cui all'art. 9 della legge 39/77, acceso presso uno degli istituti indicati dalla stessa concessionaria. Detto conto è soggetto alle regole stabilite per il conto bancario destinato ai prelievi per pagamenti delle spese correnti della procedura (lettera a): ne consegue, tra l'altro, che cumulativamente i due suddetti conti non possono avere una giacenza costante superiore a 500.000 euro. L'eventuale richiesta delle gestioni liquidatorie di utilizzare un maggior numero di conti deve trovare fondamento e giustificazione in comprovate e documentate necessità della procedura. In ogni caso, attesa l'esigenza di riduzione dei costi di tenuta dei conti, di semplificazione del lavoro amministrativo per gli uffici delle procedure e di agevolazione dei compiti di controllo da parte di questo Istituto, non potranno essere accolte istanze autorizzative in deroga riconducibili all'esigenza di mettere in competizione tra loro le diverse banche per ottenere più vantaggiose condizioni di tasso/commissioni per le operazioni di investimento (anche in conseguenza di quanto indicato nel successivo punto 3), ovvero all'esigenza pratica amministrativo-gestionale di ripartire le disponibilità liquide ed i flussi finanziari in funzione delle diverse causali delle movimentazioni. Le procedure liquidatorie che all'attualità non risultano essersi ancora adeguate alle istruzioni di vigilanza impartite il 26 novembre 2003 dovranno provvedere immediatamente ai relativi adempimenti, fornendo nel contempo all'Istituto la conseguente comunicazione.

3. Tipologia degli investimenti Tenuto conto dei criteri di sicurezza che devono caratterizzare le operazioni di investimento delle procedure liquidatorie, in vista della destinazione primaria delle loro disponibilità finanziarie al soddisfacimento dei creditori, si dispone, a parziale rettifica di quanto previsto dalla circolare del 26 novembre 2003, che i mezzi liquidi affluiti nel conto destinato agli investimenti (lettera b) possano essere impiegati, previo parere del comitato di sorveglianza e autorizzazione Isvap, oltrechè in depositi bancari/postali vincolati di durata non superiore ad un anno (termine da stabilire in relazione alle esigenze della procedura), soltanto nell'acquisto di titoli di Stato di durata non superiore ad un anno, con esclusione delle operazioni di “ pronti c/ termine” anche se con sottostanti titoli di Stato. Resta confermato che per gli acquisti in argomento le procedure sono tenute a trasmettere all'Istituto la relativa documentazione di supporto. In considerazione di quanto precede, le gestioni liquidatorie che hanno in corso operazioni di pronti c/termine potranno procedere, alla rispettiva scadenza, al reinvestimento delle relative disponibilità esclusivamente in titoli di Stato, ove debitamente autorizzate. Parimenti, quelle procedure che hanno in corso altre operazioni di investimento (gestioni patrimoniali, fondi di liquidità, contratti di gestione mobiliare, polizze di capitalizzazione e simili) dovranno porre termine a dette operazioni quanto prima e comunque entro 90 giorni dalla data della presente, dandone comunicazione all'Istituto. Eventuali deroghe potranno essere consentite in via eccezionale, previa adeguata motivazione.

4. Comunicazioni alle banche depositarie Al fine di rendere concretamente operativa l'attuazione delle istruzioni di vigilanza impartite con la circolare del 26 novembre 2003 e con la presente nota, si rende necessario che i commissari provvedano in tempi brevi a darne comunicazione alle agenzie delle banche depositarie, con segnalato riguardo al conto bancario di cui alla lettera b), onde consentire loro la conoscenza dei vincoli autorizzatori riguardanti il prelevamento dei fondi e il loro investimento. Di tale adempimento i commissari forniranno notizia all'Istituto con la massima celerità.

5. Tempi di comunicazione all'Istituto delle richieste di autorizzazione all'investimento o al prelevamento Al fine di consentire all'Istituto di valutare preventivamente, con sufficienti margini di tempo, le richieste di autorizzazione all'investimento delle disponibilità liquide delle procedure o al loro prelevamento (conto di cui alla lettera b), si ravvisa la necessità che le istanze autorizzative pervengano con congruo anticipo insieme con il parere del comitato di sorveglianza. Al riguardo, nella richiesta all'Isvap i commissari dovranno specificare i seguenti dati (per il prelevamento sarà indicato anche il motivo): **operazioni di investimento** - importo in euro dell'investimento in titoli di

Tale nota, rivolta ai commissari liquidatori delle imprese di assicurazione in liquidazione coatta amministrativa, fornisce un'immagine emblematica di cosa rappresentano tali espressioni di *soft law* statale.

Si è in presenza, invero, di uno strumento giuridico dal contenuto assolutamente dettagliato e preciso la cui natura *soft* deriva solo ed esclusivamente dal contenitore nel quale sono inseriti i precetti, ma la cui efficacia determinante ed obbligatoria nella pratica corrente in materia assicurativa non può essere assolutamente disconosciuta.

3.4. Ancora, poi, riteniamo opportuno porre l'accento sugli *orientamenti interpretativi* della COVIP.

La deliberazione COVIP del 16 settembre 1997 costituisce l'esempio più eclatante di atto di *moral suasion* della Commissione, in quanto stabilisce gli orientamenti interpretativi in materia di regolamenti dei fondi pensione in regime di contribuzione definita, dichiaratamente "allo scopo di

Stato; - tipologia dei titoli di Stato e durata (non superiore ad un anno); - indicazione della banca, della relativa agenzia, del suo indirizzo completo e del numero di telefax; - numero del c/c bancario acceso presso l'agenzia e del relativo deposito titoli. **operazioni di prelevamento** - importo in euro del prelievo; - indicazione della banca, della relativa agenzia, del suo indirizzo completo, del numero di telefax e del numero del c/c bancario (dati da riferire sia alla banca dalla quale si intende effettuare il prelievo sia a quella presso la quale si intende effettuare il trasferimento delle somme). Si sottolinea che le operazioni di prelevamento possono essere effettuate esclusivamente attraverso lo strumento del bonifico bancario recante l'ordine di trasferimento delle disponibilità dal conto di provenienza al conto di destinazione della procedura. L'Istituto, effettuate le verifiche di competenza, rilascerà l'autorizzazione richiesta con lettera diretta al commissario liquidatore ed alle agenzie delle banche interessate all'operazione.

6. Mezzi di pagamento A partire dal 1 luglio 2004 la materia dei mezzi di pagamento è regolata dalle seguenti disposizioni:

a) il mezzo ordinario e normale di pagamento, tanto per i terzi debitori della procedura quanto per il commissario liquidatore, è il bonifico bancario. Laddove si tratti di incassi della procedura il bonifico bancario è effettuato a favore del conto corrente intestato alla liquidazione; per i pagamenti del commissario il bonifico è effettuato esclusivamente sul conto corrente bancario dell'avente diritto. In ambedue i casi è specificata con chiarezza la causale dell'operazione; b) per i pagamenti a terzi o gli incassi della procedura di importo compreso tra 2.000 euro e 5.000 euro può essere utilizzato, in alternativa al bonifico bancario, l'assegno circolare, intestato rispettivamente al terzo creditore o al professionista nella sua qualità di commissario liquidatore (o direttamente alla liquidazione); c) per i pagamenti del commissario o gli incassi della gestione liquidatoria di importo inferiore a 2.000 euro può essere utilizzato l'assegno bancario, intestato come previsto al punto b); d) il pagamento in contanti, non consentito per gli incassi della procedura, può essere effettuato dal commissario soltanto in via eccezionale e per importi modesti, in ogni caso non superiori a 150 euro (spese comunque da documentare); e) nelle vendite immobiliari l'assegno circolare, intestato al commissario liquidatore nella sua qualità o direttamente alla procedura, deve essere utilizzato sia per il versamento della cauzione sia per il pagamento del saldo del prezzo da parte dell'aggiudicatario. Le somme rivenienti dal saldo del prezzo devono essere depositate dal commissario esclusivamente sul conto corrente bancario della procedura destinato agli investimenti (lettera b); f) gli incassi/pagamenti della liquidazione eventualmente effettuati tramite l'utilizzo del Servizio postale sono consentiti per le esigenze della gestione corrente e nel limite di importo, per singola operazione, non superiore a 2.000 euro.

Nel confermare il contenuto delle altre parti della circolare del 26 novembre 2003 non trattate nella presente nota, si raccomanda la puntuale osservanza delle disposizioni di vigilanza e si resta in attesa di adeguato riscontro.

dare all'attività di valutazione dei regolamenti celerità e uniformità".

Più di recente, va segnalato il documento del 4 settembre 2001 denominato "*orientamenti interpretativi sul vincolo di destinazione del TFR a previdenza complementare ai fini della deducibilità dei contributi*". Orientamenti interpretativi, linee guida, indirizzi sono pubblicati sul bollettino della COVIP, che tuttavia svolge attività di persuasione morale anche quando sviluppa relazioni con le formazioni sociali, con le associazioni dei consumatori, con le associazioni rappresentative dei fondi-pensione.

3.5. Di assoluto rilievo, poi, è l'analisi dell'attività dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, un'Autorità indipendente istituita con la legge 14 novembre 1995, n. 481 con funzioni di regolazione e di controllo dei settori dell'energia elettrica e del gas. I suoi poteri di regolazione settoriale fanno riferimento alla determinazione delle tariffe, dei livelli di qualità dei servizi e delle condizioni tecnico-economiche di accesso e interconnessione alle reti, in servizi in cui il mercato non sarebbe in grado di garantire l'interesse di utenti e consumatori a causa di vincoli tecnici, legali o altre restrizioni che limitano il normale funzionamento dei meccanismi concorrenziali.

In base alla legge n. 481 del 1995 l'Autorità per l'energia elettrica e il gas nello svolgere le proprie funzioni di regolazione e controllo ha competenze in materia di:

- fissazione delle tariffe base per i servizi regolati intese come prezzi massimi al netto degli oneri fiscali e loro aggiornamento con il metodo del *price cap* (ovvero "*limite massimo della variazione di prezzo vincolata per un periodo pluriennale*"). Il metodo del *price cap* pone un vincolo alla crescita annua delle tariffe pari alla differenza fra tasso programmato di inflazione e aumento della produttività conseguibile dall'impresa esercente il servizio, più altri fattori eventualmente riconosciuti in tariffa quali i recuperi di qualità del servizio;

- formulazione di osservazioni e proposte al Governo e al Parlamento in merito alle forme di mercato e al recepimento e attuazione delle direttive europee;

- segnalazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato della sussistenza di ipotesi di violazione delle disposizioni della legge 10 ottobre 1990, n. 287, con riferimento agli atti e ai comportamenti delle imprese operanti nei settori sottoposti al proprio controllo;

- formulazione di osservazioni e proposte al Governo e al Parlamento sui servizi da assoggettare a regime di concessione o di autorizzazione; trasmissione di proposte al Ministero dell'industria del commercio e dell'artigianato sugli schemi di concessione, convenzione e autorizzazione e sul rinnovo o la modifica di quelli esistenti.

3.6. Grande rilievo, assumono, inoltre, altresì le *risposte ai quesiti* del Garante per la Protezione dei dati personali.

Il Garante per la Privacy, infatti, emana pareri, pronunce, risposte ai quesiti.

Tali atti talvolta possono rappresentare addirittura il primo passo verso l'adozione di una regolamentazione di natura vincolante.

La riprova della suscettibilità di alcuni strumenti di *soft law* a costituire la prima tappa nella prospettiva dell'adozione successiva di atti vincolati è data, a tal riguardo, dal D.lgs. 196/2003, che ha sistematizzato e recepito a livello di fonte primaria talune regole in passato suggerite dall'Autorità Garante.

Estremamente significativa, d'altra parte, è la recentissima vicenda relativa al provvedimento adottato il 23 novembre 2006 con il quale il Garante ha introdotto le *Linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze dei datori di lavoro privati*.

Il documento, pubblicato sulla G.U. n. 285 del 7 dicembre 2006, ha destato un notevole interesse in dottrina ed ha alimentato un dibattito teorico dai consistenti risvolti pratici.

Alcuni studiosi¹⁰⁵, invero, hanno perspicacemente evidenziato la necessità di comprendere, in

¹⁰⁵ Si legga quanto scritto da Riccardo Imperiali e Rosario Imperiali in un articolo apparso su Sole24Ore, 14 dicembre 2006, intitolato *Sulla privacy sanzioni a due vie*.

via assolutamente preliminare, quale sia l'efficacia da attribuire al contenuto di tali *Linee guida*, e cioè quali siano le conseguenze per le aziende che se ne discostino.

A tal proposito, si è sostenuto che nel documento in esame compaiono una serie di precetti, taluni sotto forma di *orientamenti*, ed altri, invece, che si trasformano, in seguito, in accorgimenti e misure *prescritte*, come nel caso del trattamento dei dati biometrici. Per queste ragioni, alcuni analisti hanno affermato che, al fine di dare risposta al quesito relativo agli effetti giuridici delle *Linee guida*, bisognasse distinguere tra regole considerate *accorgimenti-prescrizioni* e regole ritenute, invece, *orientamenti-indirizzi*, con la conseguenza che nei confronti delle prime sussistesse un vero e proprio obbligo giuridico di uniformarsi da parte dei datori di lavoro rientranti nelle fattispecie disciplinate.

In particolare, l'attenzione è stata focalizzata sui trattamenti dei dati biometrici per finalità di lavoro, i quali devono necessariamente rispettare quanto prescritto dalla norma contenuta nel punto 4 del documento di *soft law*. Ed invero, tale regola, mediante un richiamo al combinato disposto degli articoli 17, 154 e 167 del Codice sulla privacy, conduce alla possibilità di configurare un illecito penale per coloro i quali si discostino dalle *misure ed accorgimenti* prescritti dal Garante qualora il trattamento dei dati presenti dei rischi specifici per l'interessato, a condizione che la violazione sia compiuta al fine di trarre profitto o recare danno e che da tale comportamento derivi un nocumento.

Nonostante l'intuizione e lo sforzo di ricostruzione dottrinale operato da tali analisti, tuttavia, non ci sentiamo di condividere tali considerazioni.

In realtà, a ben vedere, infatti, la regola contenuta nel documento di *soft law* non è essa stessa produttiva di effetti giuridica mente vincolanti, ma – come rapidamente affermato anche dagli studiosi richiamati – alcune prescrizioni contenute nelle *Linee guida* possono subire processi di trasformazione e di evoluzione assumendo le vesti di *misure prescrittive* a seguito di apposito provvedimento del Garante che rinviene, però, il suo fondamento giuridico in una norma esterna al documento di *soft law*, e cioè l'articolo 154 del Codice sulla privacy.

Il contenuto sostanziale di alcune regole di *diritto attenuato*, allora, rappresentano un atto autoritativo definitivamente ricognitivo del pensiero del Garante in merito alla sua azione futura, ma non costituiscono certamente la base legale di eventuali misure sanzionatorie vincolanti.

In tal senso, pertanto, riteniamo eccessiva e fuorviante la distinzione operata tra i differenti precetti delle *Linee guida*. In realtà, tutte le regole di *soft law* producono lo stesso tipo di effetti giuridici pratici concreti esprimendo la posizione ufficiale del Garante sugli aspetti trattati, ragion per cui un operatore che dovesse decidere di discostarsene si troverebbe, poi, chiaramente a soccombere in un'eventuale controversia innanzi alla stessa Autorità.

Considerazione questa, alla quale si deve aggiungere l'eventualità che tali posizioni ufficiali contenute nelle *Linee guida* possano assumere il valore di autorevoli sostegni interpretativi e valutativi dei giudici in sede di controversie giurisdizionali civili.

3.7. Infine, numerosi autori¹⁰⁶ hanno sottolineato la grande mole di atti di *moral suasion* e *dissuasion* predisposti dalla CONSOB.

Si tratta di atti persuasivi di tipo interpretativo che hanno assunto nella prassi dell'Autorità di vigilanza una straordinaria rilevanza. La CONSOB – anche a prescindere da una previa delega legislativa – emana infatti disposizioni non regolamentari, prive di autoritatività e sanzionabilità, volte ad orientare i comportamenti degli operatori. Atti di *soft law*, dunque, che non possono essere definiti fonti del diritto nel senso tradizionale, ma che sul piano dell'effettività condizionano i comportamenti e che di fatto incidono nella sfera giuridica dei soggetti operanti sul mercato¹⁰⁷ : si tratta, talvolta, di atti di indirizzo, che tendono a persuadere, e la cui efficacia pratica è correlata alla

¹⁰⁶ Tra i tanti si veda F. Durante, *L'attività di moral suasion della CONSOB*, Cahiers européens, 2003.

¹⁰⁷ Per apprezzare l'importanza degli atti di *moral suasion* della CONSOB, è sufficiente considerare l'impatto di una serie di orientamenti in materia di collocamento a distanza, attività disciplinata dall'art. 32 del TUF e dagli artt. da 71 a 77 del regolamento 11522/1998, come in parte modificato dalla delibera 13710/2002. La risposta a quesiti n. 99052838/1999 configura Internet e posta elettronica come tecnica di comunicazione a distanza. La risposta a quesiti n. 99091709/1999, ai fini di ritenere tecnica di comunicazione a distanza effettuata in Italia quella realizzata mediante Internet, stabilisce elementi di primo e di secondo livello. Tra quelli principali, la configurazione in Italia è esclusa dall'"esistenza di avvertenze esplicite che chiariscono che il contenuto del sito è diretto solo a residenti in stati diversi dell'Italia". Ai sensi della risposta n. 99076449/1999 un sistema *on-line* che non offre strumenti diretti o indiretti per l'accensione di rapporti non è tecnica a distanza. La delibera DI/30396/2000, infine, ha fugato ogni residuo dubbio circa l'applicazione delle norme sull'informativa preventiva all'investitore e sulla valutazione dell'adeguatezza delle operazioni nei casi di prestazione *on-line* di un servizio d'investimento.

ragionevolezza del suggerimento¹⁰⁸

Si tratta di atti chiarificatori ed esortativi che, in quanto non muniti di prescrittività, non sono scaturigine di norme nel senso tradizionale: eppure, anche a prescindere dalla loro idoneità ad incidere sui comportamenti, molti autori evidenziano come in alcune occasioni si tratti di attività creativa, tanto che “il contenuto interpretativo trascolora spesso in un vero e proprio contenuto normativo”.

L’insuscettibilità ad essere ricondotti alle forme tradizionali di esercizio del potere, d’altra parte, è condizionata anche dall’eterogeneità degli atti di *moral suasion*. A parte le determinazioni manifestate mediante la partecipazione ai convegni e la pubblicazione di *brochure*, studi, analisi, articoli documentati, comunicati stampa, due sono gli strumenti con cui la CONSOB esercita il suo potere “commendatorio”: le *risposte ai singoli quesiti* e le *comunicazioni*.

Non si ritiene, invece, che atto di *soft law* sia la raccomandazione di principi e criteri della revisione contabile emanata, previo parere del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e del Consiglio nazionale dei ragionieri, ex art. 162 del T.U.F.

Le risposte ai quesiti sono responsi a domande poste direttamente – o in loro nome e per loro conto – dagli operatori del mercato, in merito a fattispecie non del tutto ipotetiche, mediante le quali gli uffici della Commissione espongono i propri orientamenti: esse costituiscono la più fedele riproduzione delle *no-action letters* e degli *staff legal bulletins* della SEC, s’ispirano parzialmente anche ai *rescrits* della COB¹⁰⁹ e, pur essendo inerenti a questioni specifiche, assumono mediante la

¹⁰⁸ Ne parlano F. Piga e A. Segni, *Società e Borsa (CONSOB)*, in *Encicl. Del Dir.*, p.1032 affermando che si tratta di raccomandazioni non normative e non autoritative. Per F. Capriglione e G. Montedoro, *Società e Borsa (CONSOB)*, *Encicl. Del Dir. Aggiorn. VI*, p. 1035, sono "particolari comunicazioni, dirette ai soggetti sottoposti alla sua vigilanza, anche prive di efficacia obbligatoria, perché non previste dalla legge e sprovviste di sanzioni": si tratterebbe di "un'intensa opera di chiarificazione ed integrazione dell'ordinamento di settore". E. Cardì e P. Valentino, *L'istituzione CONSOB. Funzioni e struttura*, p. 38, parlano di atti funzionali a "collegare struttura di controllo e soggetti passivi nell'esercizio delle funzioni di vigilanza", che tuttavia a volte trasbordano in attività propriamente innovativa: i due Autori adducono, come esempio più significativo relativo alla fase antecedente al TUF, la comunicazione n. BOR/RM/92006158 del 1992, che ha fornito chiarimenti in materia di collocamento dei valori mobiliari. S. Nicodemo, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, cit, p. 207 parla di *guide-lines* simili al modello americano dei *garplains*, che tuttavia sfociano a volte in quasi-normatività. E ciò accade non solo, com'è naturale per atti interpretativi, nel senso che il loro mancato rispetto può determinare una violazione indiretta di regole, ma anche perché spesso utilizzati - piuttosto che per orientare gli operatori - per ampliare la sfera di regolamentazione generale e vincolante.

¹⁰⁹ Si tratta della *Commission des Opérations de Bourse*, l'Autorità di vigilanza sui mercati finanziari francese istituita con ordinanza 833/167 ed assorbita - assieme al *Conseil des Marchés Financiers* ed al *Conseil de Discipline de la Gestion Financière* - nell'*Autorité des Marchés Financiers*, istituita con la L. 706/2003.

pubblicazione, che in Italia avviene in forma anonima, una capacità persuasiva che esplica i propri effetti ben al di là del caso singolo.

Ben più pregnanti sono, tuttavia, le *comunicazioni* di *soft law*, che definiscono indirizzi interpretativi ed elaborano moniti di contenuto complessivo, quantunque non lesinino talvolta di produrre accenni a casi singoli: si tratta di uno strumento tipicamente italiano, che coinvolge le associazioni di categoria e pone intriganti interrogativi circa la collocazione nel panorama delle formanti. Le comunicazioni italiane, rispetto agli omologhi atti delle Autorità di altri Paesi, si caratterizzano da una parte per una più spiccata quasi-normatività, essendo generali ed astratte, dall'altra per una minore attitudine normativa, non vincolando neanche la CONSOB in merito alla proposizione o alla comminazione di sanzioni amministrative.

In ogni caso, queste ultime costituiscono espressione di un potere che - a differenza dei *rescritti* utilizzati in passato dalla COB - non è preventivamente proceduralizzato, bensì si caratterizza per un'intrinseca asistematicità: né può dirsi che incidono sulla struttura fondamentalmente libera di tali atti quelle *guide-lines*, come la comunicazione n. DIS/97012083/1997, con cui timidamente la CONSOB stessa inizia ad irrigimentare la propria attività di *soft law*, sul modello degli *interpretative releases* adottati dalla SEC¹¹⁰.

3.6. Orbene, tale rassegna puramente esemplificativa della ingente mole di *soft law* prodotto dalle Autorità indipendenti nazionali italiane ci mostra un panorama ampio e variegato di *diritto morbido* statale prodotto da soggetti istituzionali appositamente delegati dal Legislatore a disciplinare e regolamentare alcuni peculiari settori economico sociali.

¹¹⁰ Tale comunicazione tende a distinguere le risposte ai quesiti dagli atti a contenuto generale e a porre un freno alla prassi per cui dottrina e studi forensi, con l'*escamotage* dei quesiti, richiedono chiarimenti su fattispecie astratte di carattere ipotetico. "I quesiti posti da studi legali e professionisti in genere saranno, d'ora in poi, presi in considerazione solo se inoltrati in nome e per conto degli operatori del mercato, risparmiatori o relative associazioni e qualora non abbiano ad oggetto fattispecie del tutto ipotetiche ed astratte". Questo per perseguire compiutamente la finalità precipua delle risposte ai quesiti, "uno strumento che concorre allo svolgimento delle attribuzioni istituzionali, in quanto consente di fornire indirizzi interpretativi e applicativi di norme e di rendere i comportamenti omogenei" in relazione a casi singoli. Anche le comunicazioni possono essere sollecitate, ma la risposta non è automatica come per quella ai quesiti: è la CONSOB che "si riserva di esaminare anche quesiti relativi a fattispecie ipotetiche astratte", opera che svolge "nei casi in cui, a suo giudizio, la risposta a tali quesiti" sia "di particolare rilevanza e d'interesse generale".

La creazione formale, mediante Legge, di tali Organismi rappresenta l'elemento determinante che consente di legittimare il loro ruolo di istituzioni parastatali in grado di produrre norme e regole considerate espressione indiscutibile di *soft law* statale.

Certo, il quadro appena fornito, non esaurisce assolutamente, a nostro avviso, le espressioni e le manifestazioni di *diritto morbido* interno, il quale risulta composto da tutto un insieme di ulteriori atti.

Tra questi si possono ricomprendere, a titolo meramente indicativo, le *linee-guida* in materia di adozioni, le *linee-guida* emanate dal Ministero dei Beni ambientali e Culturali in materia di prestiti di opere d'arte da parte di musei italiani, ed ancora le *Carte dei servizi* delle ASL, espressioni queste ultime di *droit prétorien*, in taluni casi suscettibili di creare effettive aspettative legittime in capo ai fruitori dei servizi sanitari.

4. Caratteristiche e funzioni del soft law delle Autorità Indipendenti.

Il panorama degli atti persuasivi e collaborativi delle Autorità Indipendenti, d'altra parte, è particolarmente eterogeneo: un'eterogeneità che si manifesta anche in relazione alle cause che spingono un'istituzione ad emanare atti di "diritto morbido", anziché disposizioni da cui si traggano diritti pienamente giustiziabili. Nella maggior parte dei casi, l'atto di persuasione morale è un "ripiego" obbligato per l'istituzione, che avrebbe desiderato emanare un atto vincolante, ma risulta priva di tale potere. Non mancano casi in cui, tuttavia, l'atto di *soft law* costituisce una scorciatoia volta ad indicare una modalità per colmare una lacuna o serve ad anticipare un successivo atto vincolante, ovvero casi nei quali l'atto persuasivo è frutto di una scelta meditata volta a non irrigidire eccessivamente una materia.

Un dato è certo. Il *soft law* rappresenta un grimaldello per introdurre discipline particolarmente efficaci e flessibili, in grado di parametrarsi in maniera duttile alle fattispecie

concrete, nonché uno strumento utile per colmare vuoti di legittimazione e per rispondere celermente ad una realtà in perenne evoluzione, che il regolatore fatica ad inseguire utilizzando le consuete, formalistiche procedure. L'altra faccia della medaglia è costituita, nel più classico dei *trade off*, da un difetto di certezza del diritto, che si sconta fisiologicamente allorché si rinuncia ad atti dotati d'imperatività e, in quanto tali, pienamente giustiziabili.

Di qui le valutazioni discordanti circa l'utilità di tali atti e, soprattutto, circa la loro compatibilità con un sistema di capitalismo maturo.

4.1. La dottrina maggioritaria sostiene la coerenza di tali “nuove fonti” del diritto con l'economia di mercato, in quanto esse s'inseriscono nel più vasto *genus* della *soft regulation*, che comprende anche l'utilizzo delle clausole elastiche e la normazione per principi. In modo conforme a tali modelli, l'uso di atti solo persuasivi consente di non sacrificare, sull'altare della generalità e dell'astrattezza, fattispecie concrete ultronee rispetto alla *ratio legis*. Ne consegue che le clausole elastiche, ad esempio la buona fede, e la non vincolatività dei suggerimenti consentono, in forme diverse, la non applicazione di una regola ad un fatto, allorché non c'è ragione di esporre tale fatto alla disciplina eteronoma.

Il soft law, insomma, sarebbe coerente con il principio di proporzionalità, o di sussidiarietà orizzontale, e a testimonianza di ciò si adduce l'esplosione di tale fenomeno proprio in settori sensibili nei quali più pressante è l'esigenza di evitare approcci dirigistici da parte dello Stato-persona.

La teoria, inoltre, sarebbe ulteriormente confermata dal fatto che le Autorità nazionali hanno importato tali moduli da esperienze sedimentatesi proprio in Paesi fondati sul libero mercato: la vasta congerie di atti di *moral suasion*, caratterizzati da un grado di persuasività differenziata, adottati dalla SEC (*Securities and Exchange Commission*), l'Autorità statunitense di vigilanza sui mercati finanziari, rappresenta a tale riguardo il paradigma dell'importanza del diritto morbido nel diritto vivente nordamericano.

4.2. Altra dottrina, invece, critica l'utilizzo degli atti collaborativi di suggerimento con diversi rilievi, tra cui la difficile azionabilità e l'informalità che, lungi dal costituire espressione di agilità, tralignerebbe in assenza di procedimenti e, dunque, di garanzie. Risposte a quesiti e raccomandazioni, inoltre, si contrapporrebbero al principio di trasparenza ed alla *policy* volta a ridurre le asimmetrie informative, caratterizzandosi viceversa per una perniciosa opacità. Procedure oscure e assenza di garanzie, inoltre, costituirebbero una miscela esclusiva tale da rendere le istituzioni vulnerabili alle strumentalizzazioni operate dalle controparti che vantano maggiore forza contrattuale.

La *moral suasion*, insomma, sarebbe ontologicamente inconciliabile con un'economia a capitalismo compiuto: la vasta diffusione di tale modello nella *law in action* anglosassone e nordamericana, invece, si giustificerebbe con l'aderenza al sistema di *common law*, nel quale la giurisprudenza è tendenzialmente riconosciuta come fonte del diritto.

Con il "trapianto" degli atti di persuasione morale anche nel diritto italiano, la giurisprudenza tende ad assumere un ruolo sempre maggiore nella formulazione della "regola del caso", decidendo discrezionalmente sul peso da attribuire nella fattispecie concreta ad una quasi-norma come l'atto di *soft law*. Ciò che, in un sistema di *civil law*, potrebbe accentuare i problemi di disparità connessi al sacrificio della certezza del diritto.

5. Il *soft law* nella legge ?

Orbene, le considerazioni sopra svolte evidenziano l'esistenza di una sorta di delega operata dal Legislatore ad Istituzioni che, nell'espletamento dei propri compiti di garanzia e controllo, possono adottare delle regole di *diritto attenuato* in grado di orientare concretamente, nei fatti, la condotta delle persone fisiche o giuridiche destinatarie dei precetti.

La tematica che appare interessante affrontare, del resto, a conclusione di tali valutazioni,

concerne la questione relativa alla possibilità che una Legge formale possa prevedere direttamente regole appartenenti al *genus* del *soft law*.

In altri termini, una fonte di rango legislativo statale, o eventualmente regionale, potrebbe astrattamente introdurre normative di carattere *soft*?

La risposta a tale problematica emerge dalle riflessioni svolte nella parte iniziale del presente lavoro, laddove abbiamo sottolineato la necessità di distinguere tra regole giuridiche di *diritto attenuato* e norme espressione piuttosto di tecniche di *soft regulation*.

La regolamentazione leggera, invero, non è certamente sinonimo di *soft law*, inteso quale complesso di precetti che sono sostanzialmente normativi, pur essendo contenuti in strumenti non riconosciuti dall'ordinamento interno come fonti di produzione di diritto.

La *soft regulation* esprime una tecnica regolamentare caratterizzata dall'adozione di norme di carattere generale, regole di principio leggere, volte a delineare la cornice della materia da disciplinare, la quale è destinata poi ad essere necessariamente integrata dalla libera contrattazione delle parti sociali o – come analizzato sopra – da Autorità indipendenti appositamente individuate, in un'ottica di *autoregolazione* oppure di *coregolazione*.

Ciò che, però, ci preme sottolineare è un ulteriore aspetto peculiare della tematica.

Ed invero, è evidente, a nostro parere, che il *soft law* non debba essere confuso con la *soft regulation*, sottolineando che qualora una fonte di produzione di diritto statale introduca una regola nel proprio testo, tale regola sarà necessariamente *de iure* una norma giuridica vincolante.

Ma tuttavia, tale considerazione non impedisce, d'altra parte, che, in talune circostanze, una fonte di diritto, quale ad esempio una Legge dello Stato possa contenere un insieme di regole estremamente particolari in grado di introdurre procedure chiaramente volte a produrre *soft law* di diritto interno.

Orbene, in tali circostanze bisogna fare attenzione a non cadere nell'errore di ritenere che una Legge formale produca *diritto morbido*; eventualità questa che farebbe venir meno tutto l'assunto di

base del *soft law*, inteso come complesso di regole solo sostanzialmente normative, ma formalmente prive di forza giuridica riconosciuta dall'ordinamento considerato.

Ed invero, in siffatti casi, si assiste piuttosto alla vigenza di una fonte di diritto che diventa, poi, fonte sulla produzione giuridica di *soft law*.

In altri termini, vi sono delle circostanze nelle quali delle Leggi formali, spesso espressione di tecniche di *soft regulation*, prevedano anche delle modalità procedurali di produzione di regole di *diritto attenuato*.

Ma in queste ipotesi, la fonte formale di diritto non introduce essa stessa direttamente *diritto morbido* – cosa che del resto non sarebbe logicamente concepibile nell'ottica della definizione dottrinale di *soft law* classica ed comunemente condivisa – in quanto piuttosto istituisce delle procedure in grado di condurre all'adozione di norme giuridiche attenuate.

In tali fattispecie, dunque, la Legge prevede delle norme sulla produzione giuridica *soft*.

E tanto, crediamo, in piena armonia e non in contrasto con l'indirizzo dottrinale secondo cui una fonte formale di diritto non può introdurre regole di natura *soft* nell'ordinamento giuridico statale.

In tale prospettiva, allora, ecco che riteniamo determinante sottolineare l'esistenza di un'altra tipologia di diritto morbido i cui esempi più eclatanti sono rintracciabili nel diritto tributario, ed in particolar modo nella Legge 212, del 27 luglio 2000, introduttiva del c.d. Statuto dei Diritti del Contribuente.

Tale normativa prevede, innanzitutto, l'articolo 10, il quale introduce il principio *della collaborazione e della buona fede* nei rapporti tra il contribuente e l'amministrazione finanziaria¹¹¹.

Ma assolutamente interessante, nell'ottica dell'analisi delle differenti manifestazioni di *soft*

¹¹¹ L'articolo 10 in esame, rubricato *Tutela dell'affidamento e della buona fede. Errori del contribuente*, prevede che "1. I rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede. 2. Non sono irrogate sanzioni né richiesti interessi moratori al contribuente, qualora egli si sia conformato a indicazioni contenute in atti dell'amministrazione finanziaria, ancorché successivamente modificate dall'amministrazione medesima, o qualora il suo comportamento risulti posto in essere a seguito di fatti direttamente conseguenti a ritardi, omissioni od errori dell'amministrazione stessa. 3. Le sanzioni non sono comunque irrogate quando la violazione dipende da obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull'ambito di applicazione della norma tributaria o quando si traduce in una mera violazione formale senza alcun debito di imposta. Le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto".

law statale, appare l'articolo 11, il quale, dal canto suo, introduce l'istituto dell'*interpello del contribuente*, che consente di inoltrare per iscritto all'amministrazione finanziaria richieste specifiche concernenti l'applicazione delle disposizioni tributarie a casi concreti e personali, qualora vi siano obiettive condizioni di incertezza sulla corretta interpretazione delle disposizioni stesse. La caratteristica peculiare dell'istituto è da rinvenire negli effetti legislativi derivanti automaticamente dal semplice inoltro della formale *domanda* all'Amministrazione. Ed invero, si legge nel testo della norma che “*la presentazione dell'istanza non ha effetto sulle scadenze previste dalla disciplina tributaria... La risposta dell'amministrazione finanziaria, scritta e motivata, vincola con esclusivo riferimento alla questione oggetto dell'istanza di interpello, e limitatamente al richiedente*”, ed inoltre che “*limitatamente alla questione oggetto dell'istanza di interpello, non possono essere irrogate sanzioni nei confronti del contribuente che non abbia ricevuto risposta dall'amministrazione finanziaria entro il termine di cui al comma 1... Nel caso in cui l'istanza di interpello formulata da un numero elevato di contribuenti concerna la stessa questione o questioni analoghe fra loro, l'amministrazione finanziaria può rispondere collettivamente, attraverso una circolare o una risoluzione tempestivamente pubblicata ai sensi dell'articolo 5, comma 2*”.

L'articolo 15, infine, prevede la necessità di emanare un *Codice di comportamento per il personale addetto alle verifiche tributarie* che regoli le attività del personale addetto alle verifiche tributarie, aggiornandolo eventualmente anche in base alle segnalazioni delle disfunzioni operate annualmente dal Garante del contribuente.

Insomma siamo in presenza di un esempio concreto di disciplina *morbida* inserita in uno strumento legislativo *hard* che diventa, dunque, nel caso di specie, fonte tanto di *diritto attenuato* quanto di *diritto forte*, evidenziando l'assoluta compatibilità di due espressioni assolutamente omogenee di giuridicità statale.

Il *soft law*, dunque, pur nella peculiarità dei suoi *effetti legali pratici*, si manifesta a pieno titolo quale espressione di diritto puro.

Certo, è evidente che i precetti di *soft law* non creano in nessun caso norme – nell'accezione

di regole vincolanti, di diritto solido esplicitato mediante la formula del *command and control* – ma risulta altresì palese che i loro “prodotti” non siano privi di efficacia giuridica.

Per l’assenza di prescrittività, non sono fonti del diritto *stricto sensu*: tuttavia il sistema dell’efficacia giuridica non può considerarsi adiaforo rispetto a questo nuovo modo di *rule making*.

Considerazioni, queste, che spingono la dottrina più moderna a considerare tali atti come delle “fonti terziarie”, in virtù dell’intento normativo che contraddistingue molti di essi, finalizzato proprio a condizionare i contegni dei destinatari.

Al riguardo, non sono mancati, addirittura, tentativi di sostituire alla nozione tradizionale di sistema delle fonti quella più vasta e duttile di “spazio regolatorio”, attesa l’irruzione imponente di formanti del diritto nel panorama giuridico italiano.

Risulta evidente, infatti, che esortazioni, consigli, ammonimenti, ancorché non coercitivi, indicano ciò che è ritenuto desiderabile o deprecabile da parte di soggetti istituzionali particolarmente autorevoli, che in quanto tali non possono non essere tenuti in debito conto dalla giurisprudenza.

6. *Il soft law nel sistema delle fonti.*

A seguito dell’indagine condotta appare evidente che, nell’ambito dell’ordinamento giuridico italiano, esempi di atti espressione di un diritto attenuato si rinvencono in particolar modo nei settori governati e condizionati da dinamiche economiche e di mercato.

È in tali aree, infatti che il Legislatore italiano preferisce elaborare norme di settore di natura programmatica ed astratta, affidando, poi, ad Istituzioni tecniche indipendenti, neutrali, il compito di colmare i vuoti appositamente lasciati.

Il *soft law* che abbiamo fin qui analizzato, d’altra parte, è costituito da un insieme di strumenti che sono rivolti a regolare materie nelle quali già esiste una disciplina *hard*.

In tale prospettiva risulta assolutamente evidente che la caratteristica peculiare di tali espressioni di *diritto attenuato* consiste nel loro essere strutturalmente *post legem*.

In taluni casi, del resto, il rapporto tra regolamentazione *hard* e *soft* assume connotati ancora differenti, in quanto è la stessa fonte di diritto tradizionale a prevedere la possibilità che atti di *diritto morbido* disciplinino alcuni aspetti della materia presa in considerazione.

Questo determina una sorta di riconoscimento normativo del *soft law* che ne agevola certamente la capacità di produzione di effetti giuridici pratici e concreti.

In relazione all'attività delle Autorità Indipendenti, questa considerazione trova ampia e piena conferma.

Le varie Autorità, invero, sono titolari di veri e propri poteri normativi *soft* riconosciuti dalla Legge istitutiva di ciascuna di esse.

Siamo in presenza di quella che viene definita attività di *co-regolazione*.

Da un punto di vista teorico dottrinale tale tecnica normativa consente di dare risposte più precise, pertinenti e tempestive alle esigenze degli operatori privati di mercato, i quali, altrimenti dovrebbero essere costretti ad “agire” in un ambiente regolamentare esclusivamente legislativo che si rivelerebbe inevitabilmente farraginoso, lontano dalla realtà, e soggetto a lento e ardimentoso cambiamento.

Ciò che emerge, però, è la circostanza per la quale nell'ordinamento italiano non è possibile rinvenire *soft law*, se non in presenza di un'espressa volontà del Legislatore statale, il quale autonomamente e per motivi di opportunità politica decide, in alcune aree della vita sociale, di fare “un passo indietro” limitandosi solo alla produzione di una disciplina minimale, volta a delineare solo i confini da non valicare da parte di altri soggetti espressamente abilitati ad emanare regole di condotta in grado di condizionare i comportamenti dei loro destinatari.

Se il Legislatore non decidesse di avviare e mettere in atto un'azione di *deregulation* in certi ambiti, a nostro avviso, diventerebbe difficile per non dire impossibile immaginare che attori esterni possano creare norme in parziale deroga o addirittura in totale contrasto con una disciplina *hard*.

L'Italia, in quanto Stato sociale e costituzionale di diritto non può certamente prevedere e ammettere, neppure implicitamente, la possibilità che una tale eventualità si verifichi.

In questo senso, crediamo, che sia assolutamente pertinente il richiamo al ruolo nel sistema delle fonti rivestito dalla consuetudine.

Essa è espressamente considerata dall'articolo 1 delle Preleggi del Codice Civile del 1942 come una fonte fatto dell'ordinamento giuridico interno.

Tuttavia, la sua caratteristica peculiare è quella di poter esplicare i suoi effetti soltanto in caso di vuoto legislativo ma giammai *contra legem*.

Crediamo che la situazione degli atti di *soft law* di diritto interno sia sostanzialmente da equiparare, in termini di rapporto col sistema delle fonti, a quella della *consuetudo*, ragion per cui è assolutamente prevedibile la effettiva e legittima vigenza di uno strumento giuridico attenuato *sub-lege* o talvolta *praeter-legem*, ma certamente non in contrasto con disposti normativi legislativi o anche regolamentari¹¹².

Piuttosto, semmai, qualche problema potrebbe sorgere qualora provassimo ad analizzare il rapporto tra i vari atti di *soft law* e regole consuetudinarie, che si fossero sedimentate e cristallizzate in particolari settori economici.

Il problema assume rilievo in quanto, ragionando in termini di stretto diritto, la consuetudine è una fonte del diritto formalmente ed espressamente riconosciuta dall'ordinamento statale in quanto tale da una norma sulla produzione normativa.

Per quanto concerne, invece, la vasta congerie di strumenti di diritto attenuato, non si rinviene in diritto interno alcuna norma che attribuisca neppure a qualcuno di loro la idoneità ad essere la scaturigine di regole giuridiche.

Tanto farebbe supporre una superiorità gerarchica della consuetudine rispetto ad altre eventuali fonti atipiche terziarie.

¹¹² Tale caratteristica strutturale evidenzia la profonda differenza che intercorre tra il *soft law* interno e quello internazionale. Ed invero, quest'ultimo, lo ricordiamo, è considerato effettivamente in grado di produrre un *effetto di liceità* nei confronti di condotte che, seppur in contrasto con obblighi vincolanti, sono considerate non propriamente *illicite*.

In realtà, però, il rapporto non può essere delineato in questi termini.

Ed invero, se si analizza la vera natura della gran parte degli strumenti di *soft law* interno, ci si rende conto che essi “disciplinano” settori economico-sociali nei quali il Legislatore statale ha deciso di non intervenire in via diretta, ma soltanto in via mediata.

In altri termini, perché atti di diritto morbido possano assumere efficacia ed entrare pienamente in vigore nell’ordinamento statale, essi necessitano di una sorta di “delega” ricevuta da parte del potere legislativo o esecutivo, i quali intendono riservarsi a sé una funzione di indirizzo, o di controllo eventuale mediante una regolamentazione di principio che indichi le linee e le coordinate entro le quali altri soggetti, debitamente individuati, possano esercitare un potere normativo effettivo, seppur attenuato.

È questo il caso dell’attività delle Autorità Indipendenti, ad esempio, come è il caso della regolamentazione concertata caratterizzante le ultime evoluzioni del diritto del lavoro.

È per tali motivi, dunque, che riteniamo che un eventuale contrasto tra una regola di *law* seppur *soft* ed una regola *coutumière*, debba essere risolto attribuendo una forza gerarchicamente sovraordinata alla norma espressione di una fonte atipica, ma strettamente “autorizzata” volta per volta da fonti di produzione a creare diritto cogente.

7. *Soft law nel diritto del lavoro italiano*¹¹³

Come già accennato sopra, vi è un settore specifico del nostro ordinamento giuridico che più di altri si è aperto alle influenze di nuove forme di giuridicità attenuata.

Facciamo riferimento al campo del diritto del lavoro.

La legislazione vigente prevede in taluni settori la possibilità di dare vita a dei “*codici di comportamento*”¹¹⁴ oppure a dei veri e propri “*codici di deontologia e di buona condotta*”¹¹⁵

¹¹³Massimiliano Delfino, “*Il soft law nel diritto del lavoro italiano. Un’alternativa all’inderogabilità?*”, *op. cit.*

¹¹⁴Art. 58 bis, D.lgs. 29/1993 (ora art. 54, D.lgs. 165/2001).

Ma ciò che più colpisce nell'analisi della disciplina giuslavoristica è stata l'emanazione del *Libro bianco sul mercato del lavoro*", nell'ottobre del 2001.

Il Libro bianco si rifà – anche se non proprio correttamente¹¹⁶ – all'uso invalso in altri Paesi europei ed a livello comunitario di far precedere la regolamentazione vera e propria da un atto che illustri le intenzioni dell'Esecutivo o della Commissione europea in determinati ambiti normativi.

In particolare, il Libro bianco italiano preannuncia l'intervento regolativo in quattro ampie aree: mercato del lavoro (servizi all'impiego, incentivi...), rapporti di lavoro, relazioni industriali e tutela giudiziale (e stragiudiziale) dei diritti.

Tale innovativo ed originale – per l'Italia – documento dove si inserisce nel quadro del nostro sistema delle fonti.

7.1. Il Libro bianco è, esso stesso, espressione eclatante ed indiscutibile di *soft law*?

A nostro avviso, nel quadro dell'ordinamento giuridico statale, tale atto presentato dal Governo Italiano non rappresenta altro che un documento di natura politico-programmatica¹¹⁷, in grado di esternare all'opinione pubblica ed in particolar modo alle categorie di lavoratori e ai sindacati la linea politica che l'Esecutivo intende perseguire nella propria azione in ambito

¹¹⁵ Si veda, al riguardo, l'articolo 20, D.lgs. 467/2001; ma si analizzi altresì l'articolo 55 del D.lgs. 276/03, sul *contratto di inserimento*, in merito al quale si è parlato di *soft law all'italiana*, in un lavoro di Lorenzo Zoppoli e Paola Saracini, Università degli Studi di Catania Facoltà di Giurisprudenza, 2004, *I contratti a contenuto formativo tra "formazione e lavoro" e "inserimento professionale"*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" N. 34/2004.

¹¹⁶ Si veda a tal riguardo Rusciano, il quale lo ha definito "all'italiana", in Rusciano M. (2002), *A proposito del "Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia"* in www.unicz.it/lavoro.

¹¹⁷ Si legga, anche su tale punto, Rusciano, *op. cit.*, il quale ha affermato che "Prima di entrare nel merito dei vari argomenti, è il caso di spendere qualche parola sulla natura e sull'utilità di un Libro bianco per mettere a fuoco problemi, posizioni e orientamenti in una determinata materia. Il Libro bianco, infatti, è uno strumento spesso utilizzato in sede comunitaria e che ora fa la sua comparsa in Italia, nella materia del lavoro, quale documento promanante da una istituzione governativa. Com'è noto, la Commissione europea è ricorsa più volte alla redazione di Libri bianchi, documenti redatti periodicamente, allo scopo di segnalare l'indirizzo da imprimere alle scelte legislative comunitarie. Anche nell'ordinamento europeo, non si tratta di documenti giuridicamente vincolanti, in quanto dotati di solo valore politico: da essi, quindi, non sorgono nuovi diritti, né nuovi principi. Contengono invece, in genere, un elenco di obiettivi che la Commissione propone di raggiungere, nonché le linee-guida dell'intervento comunitario (come nel caso del Libro bianco, presentato dalla Commissione al Consiglio, nel giugno 1985, con proposte operative per il completamento del mercato interno; o nel caso del c. d. Libro bianco Delors, del 1993, sulle misure di ripresa economica e sviluppo dell'occupazione, attraverso il dialogo sociale; o, ancora, nel caso del Libro bianco di Flynn, del 1994, dove veniva richiesto che i processi di convergenza economica fossero accompagnati da processi di convergenza sociale, sostenuti da raccomandazioni comunitarie)".

giuslavoristico.

Piuttosto, potremmo affermare che la emanazione di un siffatto innovativo documento costituisce l'espressione più diretta di una nuova forma di *governance* cui il Governo ha inteso dare vita nel quadro della propria attività di riforma del mercato del lavoro¹¹⁸.

7.2. D'altra parte, il Libro bianco del 2001 presenta un ulteriore differente profilo di estremo interesse ai fini della nostra indagine.

Ed invero, questo documento politico dedica una parte di assoluto rilievo al mutamento delle tecniche regolative, individuando espressamente nel *soft law* uno degli strumenti in grado di assumere un ruolo determinante nella innovazione del diritto del lavoro.

Il Governo sembra voler tentare di importare il modello europeo di “diritto morbido” nel contesto italiano anche se non risultano chiare fino in fondo le modalità di tale trasferimento. E' fatto riferimento genericamente agli “orientamenti” in materia di occupazione ed agli indicatori sulla qualità del lavoro adottati dal Consiglio europeo di Laeken.

Il Libro bianco fa, poi, altresì riferimento alla possibilità di prevedere “norme leggere”

¹¹⁸ A tal riguardo, si legga quanto scritto nel Libro bianco sugli **strumenti per una società attiva**, laddove si afferma che le azioni per accrescere il tasso di occupazione si devono sviluppare coerentemente con la Strategia Europea per l'Occupazione prevista dal processo di Lussemburgo. Si tratta di adattare il metodo del “coordinamento aperto” al nuovo quadro istituzionale che si sta delineando in Italia e che affida alle Regioni e agli enti locali una più forte responsabilità politica. Definizione degli obiettivi generali, monitoraggio dello stato di attuazione delle politiche, valutazione dei risultati raggiunti, scambio di buone pratiche rappresentano gli elementi portanti di un nuovo metodo che il Governo, d'intesa con tutti gli attori interessati, intende varare. Peraltro, il nuovo assetto federale, che interessa anche la regolazione del mercato e dei rapporti di lavoro, può valorizzare questo metodo di intervento. La potestà legislativa concorrente delle Regioni riguarda non soltanto il mercato del lavoro bensì anche la regolazione dei rapporti di lavoro. Il legislatore nazionale, nel dialogo con Regioni e parti sociali, dovrà intervenire con una normativa-cornice, ma poi spetterà alle singole realtà territoriali costruire un impianto regolatorio che valorizzi le diversità dei mercati del lavoro locali e superi l'attuale stratificazione dell'ordinamento giuridico. Accanto ad una rafforzata sussidiarietà verticale, occorre riqualificare la responsabilità decisionale delle parti sociali e garantire un'efficace sussidiarietà orizzontale. Il modello del dialogo sociale, così come regolamentato e sperimentato a livello comunitario, costituisce il punto di riferimento più convincente per una rinnovata metodologia nei rapporti fra istituzioni e parti sociali anche a livello interno. Il confronto tra istituzioni e parti sociali deve essere configurato come uno strumento volto a conseguire accordi progressivi tali da essere tradotti rapidamente in politiche orientate ad obiettivi quantificati e perciò monitorabili. Trattative globali si concludono talora con accordi globali generici e di difficile implementazione, così come accaduto nel corso della seconda metà degli anni novanta.

Al dialogo sociale, come dispone il Trattato dell'Unione Europea, spetta il compito primario di trasposizione delle direttive comunitarie, soprattutto quando esse derivino dal dialogo sociale comunitario. Tuttavia, la necessità di modernizzare il mercato del lavoro esige che la qualità del processo traspositivo sia alta ed eviti di introdurre surrettiziamente elementi distorsivi della concorrenza – anche a danno del Paese che recepisce – che la direttiva europea intende rimuovere. Inoltre, non deve essere trascurato il fatto che il processo traspositivo deve tenere conto delle caratteristiche dei mercati del lavoro locali, nel quadro del nuovo ordinamento federalista.

all'interno dei contratti collettivi nazionali di lavoro, sotto forma di clausole che rinviino alla contrattazione di secondo livello, pur prefigurando il conseguimento di obiettivi predeterminati e preconcordati.

Ed invero, i mutamenti che sono intervenuti nell'organizzazione del lavoro e la crescente spinta verso una valorizzazione delle capacità dell'individuo stanno trasformando il rapporto di lavoro.

7.2.1. Ciò induce a sperimentare nuove forme di regolazione, rendendo possibili assetti regolatori effettivamente conformi agli interessi del singolo lavoratore ed alle specifiche aspettative in lui riposte dal datore di lavoro, nel contesto d'un adeguato controllo sociale.

Il Governo sostiene nel Libro Bianco che l'ordinamento giuridico deve essere sempre più basato sul *management by objectives* piuttosto che sul *management by regulation*.

La maggiore "leggerezza" delle norme comporta, infatti, innanzitutto una migliore organizzazione del sistema normativo che passi principalmente attraverso la redazione di un Testo unico sul lavoro volto a semplificare e chiarire il complessivo assetto regolatorio.

Ma poi, ancora, l'Esecutivo ha sottolineato che dotarsi di nuove regole non significa necessariamente approvare nuove leggi. Significa, invece, ad esempio, sperimentare anche codici volontari di comportamento nella logica di una "responsabilità sociale" delle imprese, come indicato dal recente Libro Verde della Commissione Europea¹¹⁹.

7.2.2. Un intero paragrafo, è poi, dedicato all'analisi approfondita della necessità di utilizzare "norme leggere" nel campo del diritto del lavoro.

Ed invero, si dice che l'ordinamento giuridico del lavoro in Italia è stato costruito sul presupposto che i rapporti tra datori e prestatori di lavoro siano presidiati da regole vincolanti, dettate dal legislatore o convenute in sede di contrattazione collettiva. Un'impostazione precettiva e prescrittiva che, nella normalità dei casi, produce norme inderogabili, cioè tali da escludere la libera

¹¹⁹ Bruxelles, 18.7.2001COM(2001) 366 definitivo.

pattuizione individuale e comunque tali da non lasciare alcuna flessibilità alle parti, se non in senso migliorativo per il lavoratore. Spesso si tratta di precetti eccessivamente rigidi, sovente inattuabili, tali da favorire l'evasione e gli aggiramenti, fomentando comunque il contenzioso.

Il Governo, allora, afferma che l'esperienza comparata dimostra che è possibile modernizzare l'ordinamento del lavoro anche sul piano delle tecniche di regolazione. Nei Paesi di tradizione di *common law* esistono strumenti diversi, come per esempio i *codes of practice* e, più in generale, le *soft laws* ("norme leggere"), che mirano ad orientare l'attività dei soggetti destinatari, senza peraltro costringerli ad uno specifico comportamento, vincolandoli tuttavia al conseguimento di un determinato obiettivo. Tali tecniche sono entrate ormai a far parte dell'ordinamento giuridico comunitario.

Nell'ambito della Strategia europea per l'occupazione vengono annualmente definiti dal Consiglio gli "orientamenti" in materia di occupazione che costituiscono senz'altro forme di *soft laws*. Il Consiglio europeo di Stoccolma (aprile 2001) ha preannunciato l'elaborazione, a cura del Consiglio di concerto con la Commissione, di indicatori (anche quantitativi) sulla qualità del lavoro, da adottarsi al Consiglio europeo di Laeken (dicembre 2001). Ancora una volta si tratterà di "norme leggere", focalizzate sull'obiettivo finale da conseguire assai più che non sulla coercizione ad osservare un comportamento predeterminato minuziosamente in sede legislativa.

7.2.3. Viene, poi, sottolineato che le parti sociali a livello comunitario hanno già cominciato a sperimentare la stipulazione di accordi sotto forma di linee-guida, come nel caso del dialogo sociale settoriale che ha prodotto intese sulla regolamentazione del *telelavoro*, esperienze queste ricondotte dal Governo italiano al *soft law*, ma che in realtà possono essere difficilmente catalogate nell'ambito di questa tecnica regolativa, a meno che non si voglia dire che la *contrattazione collettiva* sia una forma di *soft law*.

L'analisi della regolamentazione del telelavoro, invero, consente all'Esecutivo di affermare che i primi esempi di "norme leggere" potrebbero essere sperimentalmente inseriti all'interno dei

contratti collettivi nazionali di lavoro, sotto forma di clausole che rinviino alla contrattazione di secondo livello, pur prefigurando il conseguimento di obiettivi predeterminati e preconcordati.

Il Governo esprime, poi, grande interesse nei confronti della recente intesa intercategoriale sul telelavoro a livello comunitario sulla base di linee-guida od orientamenti.

Si sostiene, che essa rivesta, infatti, un grande significato paradigmatico, costituendo un utile modello per la possibile utilizzazione di questo strumento anche su scala nazionale, soprattutto nell'ottica di una transizione verso un assetto federalista anche in materia di lavoro. Una prospettiva di notevole interesse, compatibile con il diritto comunitario che non esclude questo genere di accordi, al tempo stesso utilmente sperimentabile in Italia anche per realizzare eventualmente un coordinamento "soft" di un modello contrattuale ad impianto federalista.

7.3. Si tratta di capire se con questo "programma" di riforma del mercato del lavoro si punti ad un abbandono generalizzato della norma imperativa ed alla sua sostituzione con linee-guida ed orientamenti politici di derivazione comunitaria, che non hanno, per loro stessa natura, efficacia cogente – strumenti dei quali non c'è traccia, nella Legge n. 30/03, ma neanche, almeno sembra ad una prima analisi, nello schema di Decreto Legislativo approvato il 6.6.2003 – oppure si intenda far riferimento al c.d. *diritto riflessivo*¹²⁰, cioè ad "*...una legislazione leggera che si limiti a definire la cornice, consentendo agli attori di dipingere il quadro*¹²¹, in modo tale da lasciare ampio spazio alla regolamentazione delle parti sociali"¹²². Oppure, ancora, ci si riferisca al passaggio "*...da*

¹²⁰ Si cfr., fra gli altri, Bronzini, Dall' "habeas corpus" all' "habeas mentem". Soft law e autoregolazione nel lavoro postfordista, in Dem. dir., 1996, n. 1, p. 224

¹²¹ Viscomi, *Modelli normativi e prassi contrattuali nei mercati del lavoro locali*, in *Dir. merc. lav.*, 2001, p. 393.

¹²² Si legga ancora Rusciano, *op. cit.*, laddove sostiene che nel Libro bianco il Governo si riferisce sia alle "norme leggere" dei Paesi di *common law* (citando i *codes of practice*), sia a quelle dell'ordinamento europeo (ad es., gli orientamenti per l'occupazione), e poi si pone il problema di capire se esiste un'unica nozione di "norme leggere". "*Rientrano in questa categoria, nella sua accezione più ampia, tanto gli atti normativi propri dell'Unione (diversi dai regolamenti, dalle direttive e dalle decisioni), quanto i documenti comunitari adottati nell'ambito della strategia occupazionale: le conclusioni della Presidenza, le comunicazioni della Commissione, i rapporti annuali, gli orientamenti per l'occupazione. L'Unione Europea, attraverso questi strumenti - utilizzando procedure che spesso sono articolate come i procedimenti legislativi veri e propri (se non di più) - si propone di influire sulle politiche per l'impiego, fissandone gli obiettivi comuni. Tuttavia, a volte, la soft law è stata utilizzata come un'avanguardia in un "territorio conteso", come un espediente per regolare materie nelle quali è difficile "affermare" la competenza comunitaria. E' questo l'uso che si vuole fare della soft law nel contesto italiano? La risposta rimane nell'ombra. Anche il riferimento ai codes of practice britannici non sembra molto adatto all'ordinamento italiano. Si tratta di uno strumento normativo estraneo al nostro sistema, che nel Regno Unito è emanato dal Secretary of State for Employment*

strumenti di programmazione per regolazione che fissano diritti generali senza preoccuparsi di verificarne...la concreta esigibilità ...” (forse il management by regulation cui pure fa riferimento il Libro Bianco), a strumenti di “programmazione per obiettivi” (il management by objectives cui rinvia il Governo?), volti cioè al conseguimento di obiettivi concreti di miglioramento delle condizioni di lavoro in un tempo limitato¹²³, tecniche che possono essere realizzate anche (e forse soprattutto) attraverso atti normativi cogenti.

Insomma, la messa in atto di quanto previsto dai “disegni” governativi, anche al di là della Legge n. 30/03 e dei suoi decreti di attuazione, servirà a verificare quale strada si intenderà realmente perseguire. Sul tema, del resto, a nostro avviso, se la volontà fosse quella di prevedere un uso generalizzato delle norme derogabili e delle disposizioni di *soft law* – assegnando così in molti casi all’autonomia individuale la possibilità di modificare quanto previsto a livello legale e depotenziando nel contempo il ruolo della contrattazione collettiva, con il risultato di produrre una diminuzione del livello generale di tutela dei lavoratori – le intenzioni dell’Esecutivo sarebbero certamente da criticare.

Se invece il sentiero segnato dal Governo condurrà ad un maggiore utilizzo di quella che potremmo definire genericamente “regolamentazione leggera”¹²⁴ che include al suo interno norme ad efficacia cogente differenziata, come il *soft law*, la *soft regulation*, la legislazione per obiettivi, le norme *minus quam perfectae*, ma anche le norme relativamente derogabili, allora la questione cambia ed il giudizio sulle modifiche proposte deve essere necessariamente sospeso. In questo caso,

o da alcuni organismi governativi, come l’Employment Opportunity Commission e che fornisce una guida pratica di condotta in determinate aree. Tali codici non sono volti solo a codificare le consuetudini già esistenti, ma piuttosto a promuovere le “buone pratiche” considerate auspicabili. Una loro violazione non consente al singolo di agire in via giudiziaria; tuttavia i codes sono ammissibili come prova nei procedimenti davanti agli employment tribunals. Così, nonostante non abbiano valore vincolante, il rispetto o il mancato rispetto delle previsioni, in essi contenute, può influenzare il risultato dei procedimenti e, in alcuni casi, le previsioni medesime sono state elevate dai giudici quasi al rango di principi legali. Ma è pensabile “importare” uno strumento del genere nell’ordinamento italiano? Che ruolo potrebbe svolgere la giurisprudenza del nostro paese nell’interpretazione delle “buone pratiche”? Il concetto di soft law, in particolare, è inteso come “regolamentazione leggera”, diretta ad orientare l’attività dei soggetti destinatari, senza costringerli ad uno specifico comportamento, ma vincolandoli al raggiungimento di un obiettivo. Si tende, quindi, ad abbandonare l’idea che i rapporti tra i datori e i prestatori di lavoro siano regolati da norme vincolanti e inderogabili, che non lasciano spazio alla libere pattuizioni delle parti, se non in senso migliorativo”.

¹²³ Tronti L. (2001), Sviluppo, “beni relazionali” e politiche occupazionali. La transizione del mercato del lavoro italiano al postfordismo, in *Dir. merc. lav.*, p. 360.

¹²⁴ Esposito M., *Fonti del lavoro pubblico e assetto normativo della responsabilità disciplinare*, in Atti del Convegno, *immagini contemporanee delle fonti del diritto fra memorie storiche e scenari futuri*, Pisa, 1-2-3 marzo 2001, in corso di pubblicazione.

infatti, ancora una volta, si tratta di un problema di “distribuzione” di tali tecniche, in quanto cambiamenti di questo tipo nelle modalità di produzione del diritto del lavoro sono ammissibili, a mio avviso, solo se non comportano il totale superamento del ricorso alle norme inderogabili, ma semplicemente una regolamentazione meno “invasiva”, e cioè, da un lato, più rispettosa dell’autonomia contrattuale in circostanze limitate e, dall’altro, in grado di fissare obiettivi di carattere generale, predisponendo strumenti periodici di verifica del loro raggiungimento (strumenti peraltro già utilizzati nel nostro ordinamento: v., ad es., art. 12, d.lgs. 61/2000).

Non c’è, quindi, a nostro parere, nessun motivo di criticare *a priori* l’esperienza del “diritto morbido”, visto come uno degli esempi di quella che potremmo definire *light regulation* – per distinguerla dalla tecnica legislativa di diritto *hard* considerata *soft regulation* – e che non rappresenta affatto una novità nel panorama normativo italiano. Ben venga la rappresentazione del nostro ordinamento come un “mosaico dinamico”, purché, però, uno dei suoi tasselli sia sempre rappresentato dalla norma inderogabile, che, pur interagendo in maniera differenziata, a seconda del contesto socio-economico, con le altre tecniche regolative, abbia sempre un posto di rilievo soprattutto nella regolamentazione di alcuni aspetti del rapporto di lavoro.

8. Una riflessione critica: il diritto del lavoro contemporaneo si sta affrancando dal principio tabù dell’inderogabilità normativa?

La riflessione appena svolta avente ad oggetto lo sviluppo del *soft law* nel diritto del lavoro italiano, tuttavia, non è di per sé sola in grado di cogliere appieno gli aspetti peculiari dei suoi attuali processi evolutivi, i quali devono essere analizzati ponendoli in stretta relazione con le nuove forme di giuridicità che stanno caratterizzando la normativa giuslavoristica globale contemporanea.

Non può disgiungersi lo studio del *diritto attenuato* interno in campo lavoristico da un’analisi degli strumenti che si stanno affermando in diritto internazionale e comunitario.

I tre livelli di normazione *morbida* risultano, invero, strettamente legati tra loro in un

continuum giuridico, che determina una fusione e commistione di tecniche e fonti di diritto, in ragione della quale si avverte la necessità di svolgere un'analisi aperta ed omnicomprensiva delle differenti espressioni di *soft labour law*.

8.2. Orbene, ciò che emerge evidente da tale analisi è un dato sul quale riflettere.

L'affermarsi, nella pratica corrente, di strumenti giuridici di natura *soft* sta consentendo di raggiungere risultati in termini di protezione e tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro dell'organizzazione aziendale che il c.d. *hard law* non è in grado di ottenere.

Il *soft law* comunitario, in particolar modo, sta assumendo un ruolo ed una valenza assolutamente peculiare nel campo giuslavoristico, in quanto rappresenta una fonte privilegiata di produzione di una normativa europea minimale, dotata di efficacia giuridica concreta, e capace di assicurare una effettiva e più ampia garanzia del lavoro subordinato svolto all'interno delle imprese degli Stati membri.

L'analisi più approfondita del *diritto attenuato* comunitario in campo lavoristici sarà svolta nella parte seconda del presente lavoro.

Quello che in questa sede interessa rilevare, per contro, è l'esistenza o lo sviluppo di alcuni concetti e tematiche che stanno catalizzando l'attenzione della dottrina negli ultimi anni in quanto intersecano i vari livelli giuridici nazionali, internazionali e comunitari.

I giuslavoristi sembrano attratti soprattutto dal tema della globalizzazione, intesa come estensione degli scambi ma anche come competizione tra sistemi, e da quello della modifica del sistema delle fonti (da *Hard Law* a *Soft Law*).

Ed è proprio su questo piano che si realizza una prima intersecazione, perché le strategie di azione messe in campo portano all'utilizzo di strumenti impiegati nell'ambito della RSI.

Se si volge lo sguardo alle interconnessioni della RSI con i processi di mondializzazione e delocalizzazione della produzione, non si può revocare in dubbio come uno degli aspetti maggiormente implicati sia quello della disciplina di tutela del lavoro. La maggior parte delle

analisi spiega la delocalizzazione con il *dumping* sociale determinato dalla diversa intensità della protezione giuridica dei lavoratori e dell'ambiente. Ne consegue l'apprestamento, da un lato, del tentativo di diffondere regole minime di protezione del lavoro, anche mediante le clausole sociali, e, dall'altro, della difficile difesa degli *standard* nazionali dei Paesi ricchi. La prospettiva della RSI appare più che una soluzione un approccio fecondo, almeno se attuata in adesione ai principi enunciati, in quanto processo che coinvolge tutti i possibili soggetti, tra cui, sul versante del lavoro, i dipendenti, i sindacati e le comunità locali.

8.2.1. Uno dei risultati più evidenti dello sviluppo di nuove tecniche di produzione normativa *soft* è rappresentato, dunque, dalla capacità di apprestare soluzioni di maggiore tutela dei lavoratori in un contesto socio economico caratterizzato da sempre più frequenti processi di delocalizzazione aziendale.

A tal proposito, d'altra parte, prima di continuare l'analisi, diviene indispensabile dare una definizione di quella che è la struttura aziendale maggiormente coinvolta da questo processo di decentralizzazione della produzione, il c.d. *distretto industriale*.

Il distretto industriale viene definito da uno dei suoi maggiori studiosi, Giacomo Becattini, come “un'entità socio-territoriale caratterizzata dalla presenza attiva, in un'area territorialmente circoscritta, naturalisticamente e storicamente determinata, di una comunità di persone o di una popolazione di imprese industriali”¹²⁵. La dimensione locale, intesa in termini sia geografici che culturali, ha da sempre costituito il vantaggio competitivo di questa realtà industriale¹²⁶.

E ciononostante, numerosi studi hanno da tempo sottolineato come la liberalizzazione del commercio abbia messo in crisi tale caratteristica peculiare dei distretti industriali.

Ed invero, lo sviluppo della competizione sul piano globale – come è noto – ha avuto un impatto negativo sui livelli di tutela e di protezione del lavoro e sui salari, soprattutto nelle economie dei paesi in transizione e in via di sviluppo (Asia, Africa, Sud America, Europa dell'Est)

¹²⁵ Becattini, G. (1990), *The Marshallian industrial district as a socioeconomic notion*, in F. Pykw, G.

¹²⁶ Per un ulteriore approfondimento sul tema si rinvia a Ettore Ricciardi, Orsola Razzolini, *Distretti Industriali Globali tra Economia e Diritto del Lavoro: alcuni spunti di riflessione*, VII Workshop dei Docenti e Ricercatori di Organizzazione Aziendale Università degli Studi di Salerno, in Organizzazione, Regolazione e Competitività, 2006.

che sui bassi costi sociali del lavoro fondano il loro specifico vantaggio comparativo¹²⁷. Al tempo stesso, la rapida crescita tecnologica che si è registrata a partire dagli anni '80, e la sua diffusione sul piano globale fanno sì che il processo di globalizzazione investa sempre più il mercato del lavoro relativo a personale di alta qualificazione (*high skilled*) oltre a quello relativo a personale di bassa qualificazione (*low skilled*)¹²⁸. Ne è derivata una crescente spinta per le imprese, così come per i distretti industriali, a decentrare verso le economie dei paesi in transizione e in via di sviluppo, il cui vantaggio comparativo è costituito da un costo del lavoro comparativamente più basso, sia attività di tipo *labour intensive* sia attività di tipo *knowledge intensive*¹²⁹.

Da una prospettiva di diritto del lavoro, le pratiche di decentramento poste in essere dai distretti industriali sollevano diverse problematiche, in particolare sotto il profilo della frammentazione della figura del datore di lavoro e delle tutele lavoristiche, che devono essere affrontate sia in relazione alla disciplina internazionale che in rapporto alla disciplina interna e comunitaria¹³⁰.

Con particolare riguardo alla disciplina comunitaria, si registrano diversi interventi normativi complessivamente rivolti all'armonizzazione e al coordinamento delle legislazioni degli Stati membri, al fine di evitare che differenze nelle legislazioni nazionali, in particolare in termini di garanzie e diritti dei lavoratori, rappresentino un incentivo ad operazioni di decentramento in ambito comunitario. Sembra dunque opportuno verificare se, ed in che misura, l'introduzione a livello comunitario di standard minimi di diritto del lavoro da un lato, ed il recente ingresso

¹²⁷ Si legga in materia, Hepple, B. (1997), *New Approaches to International Labour Regulation*, in *Industrial Law Journal*, vol. 26, no. 4, 353-366; Campbell, C.T., Dowling D. C. (1999), *International Employment Law: The Multinational Employer and the Global Workforce*, New York: Transnational Publishers, Inc.

¹²⁸ Sul tema, OECD Report 2002.

¹²⁹ Si pensi al caso della Silicon Valley, dove i 2/3 degli ingegneri sono di origine asiatica: OECD Report 2002, 255.

¹³⁰ Con riguardo alle problematiche di diritto del lavoro sottese al processo di internazionalizzazione dei distretti industriali, si rinvia ai contributi dottrinali di Compa, L. A., Diamond, S. F. (1996), *Human Rights, Labour Rights, and International Trade*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press.; Del Punta, R. (2005), *Formazione, qualità e regolarità del lavoro*; Deakin, S., Wilkinson, F., (2005), *The Law of the Labour Market. Industrialization, Employment, and Legal Evolution*, London: Oxford University Press. Si sottolinea, inoltre, l'importanza della seguente normativa comunitaria: in particolare la Carta Sociale Europea dei Diritti Fondamentali; Direttive 96/71/CE; 98/50/CE; 2002/73/CE; il Regolamento CE n. 883 del 2004; ed internazionale: ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, Geneva 1998; ILO Tripartite Declaration on Principles concerning Multinational Enterprises and Social policy, Geneva 2000; Linee Guida dell'Ocse destinate alle Imprese Multinazionali 2000.

nell'Unione Europea di alcuni paesi dell'Europa dell'Est dall'altro, contribuiscano a spiegare la tendenza dei distretti industriali a ridefinire le strategie di decentramento in un contesto globale.

Ciò determina l'esigenza, per un verso, di affrontare le problematiche giuslavoristiche in esame da una prospettiva internazionale; per un altro, di analizzare il ruolo svolto da organismi ed istituzioni internazionali (O.I.L.; W.T.O.; O.N.U.) e gli strumenti a disposizione (convenzioni; codici di condotta; linee guide; clausole sociali) al fine di far rispettare un nucleo minimo di tutele e garanzie lavoristiche (*core labour standard*).

L'attenzione si sposta allora dalla Comunità Europea alla Comunità Internazionale, caratterizzata dall'assenza di un'autorità di tipo sovranazionale dotata di potere legislativo vincolante per gli Stati nazione. L'*International Labour Organization*, costituita nel 1919, deputata al perseguimento e alla realizzazione degli obiettivi di giustizia sociale, ed in particolare a sottrarre i valori sociali del lavoro al libero gioco della concorrenza globale e a contenere gli effetti distruttivi che la competizione globale produce sulle relazioni industriali, la contrattazione collettiva e le tutele e garanzie lavoristiche, dispone a tali fini unicamente di strumenti di *soft law*, quali *convenzioni*, *raccomandazioni* e *linee guida*, del tutto privi di efficacia vincolante nei confronti di quegli Stati che non abbiano provveduto volontariamente alla loro ratifica¹³¹.

L'obiettivo di identificare e stabilire un nucleo minimo di diritti e *standard* lavoristici di carattere universale (*core labour standard*) è stato fino ad ora realizzato mediante l'emanazione della dichiarazione ILO sui principi e i diritti fondamentali dei lavoratori (1998), la dichiarazione ILO tripartita sui principi concernenti le Imprese Multinazionali e la Politica Sociale (2000) e numerose convenzioni, molte delle quali non sono state tuttavia ratificate da paesi quali Cina, India, Korea, e sono dunque prive di efficacia vincolante nei confronti degli stessi¹³².

Ma vi è di più: anche qualora tutti gli Stati provvedessero alla ratifica, si porrebbe pur sempre

¹³¹ Si analizzi Montgomery, D., (1996), *Labor Rights and Human Rights. A Historical Perspective*, in *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*, Compa, L. A., Diamond, S. F. (1996), Philadelphia: University of Pennsylvania Press; O'Higgins, P. (2002), *The interaction of the ILO, the Council of Europe and European Union Labour standards*, in *Social and Labour Rights in a Global Context*, Hepple, B., (2002), London: Cambridge University Press.

¹³² O'Higgins, P. (2002), *The interaction of the ILO, the Council of Europe and European Union Labour standards*, in *Social and Labour Rights in a Global Context*, Hepple, B., (2002), London: Cambridge University Press.

il problema dell'inesistenza, nel diritto internazionale, di un apparato sanzionatorio adeguato a garantirne l'effettività¹³³.

Ne risulta che, nel contesto della comunità internazionale, la competizione si gioca a tutt'oggi anche sulle condizioni di lavoro e sui livelli di tutela e garanzie lavoristiche il cui allineamento verso il basso continua a costituire un fondamentale fattore di attrazione degli investimenti esteri. E dunque, a nostro avviso, un diritto del lavoro internazionale privo di efficacia vincolante e di un apparato sanzionatorio adeguato, è un ulteriore fattore che contribuisce a spiegare le strategie di rilocalizzazione sul piano globale poste in essere dai distretti industriali.

Si è accennato come alla base della strategia del *core labour standard* vi sia l'esigenza di far fronte all'internazionalizzazione del commercio, mediante la costituzione di un codice leale di concorrenza tra gli Stati concorrenti, applicabile a prescindere dallo stato di prosperità e benessere di ciascuno di essi. Il parziale fallimento di tale strategia è dovuto, da un lato, alla perdita di capacità degli Stati nazionali di assumere un ruolo di regolazione dei mercati, a fronte del processo di internazionalizzazione degli stessi; dall'altro, all'inesistenza di un'autorità sovranazionale, riconosciuta a livello internazionale, in grado di sopperirvi.

8.2.2. Unico esempio in tal senso è costituito dall'Unione Europea.

Nel corso del processo di integrazione economica avvenuto in Europa, vi era il timore che la creazione di un mercato del lavoro a livello europeo avrebbe spinto gli Stati membri a porre in essere fenomeni di *dumping* sociale o di *race to the bottom*, anziché dar via all'auspicato processo di armonizzazione verso l'alto delle condizioni sociali, allo scopo di far fronte al mutato contesto competitivo¹³⁴. Lo sviluppo di una politica sociale comunitaria è precisamente rivolto ad evitare che

¹³³ Sulla problematica Creighton, B., (1995), *The Internationalisation of Labour Law*, in *Redefining Labour Law: New Perspectives on the Future*; D'Antona, M., (1998), *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, I, 311; Ehrenberg, D. S., (1996), *From Intention to Action*, in *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*, Compá, L. A., Diamond, S. F. (1996), Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

¹³⁴ Deakin, S., Wilkinson, F. (1994), *Rights vs. Efficiency? The Economic Case for Transnational Labour Standards*, in *Industrial Law Journal*, vol. 23, no. 4, 289-310.

differenze nelle legislazioni degli Stati membri, in particolare in termini di garanzie e diritti dei lavoratori, costituiscano un incentivo a porre in essere pratiche di decentramento in ambito comunitario.

Scopo della politica sociale comunitaria è giungere ad un'«armonizzazione nel progresso» delle condizioni sociali dei lavoratori in modo da dare all'Europa una dimensione sociale all'altezza delle sue ambizioni economiche: scopo, questo, che viene espresso in documenti fondamentali quali il Programma d'azione in materia sociale del 1974, l'Atto Unico del 1987, l'Accordo sulla Politica sociale del 1991, la Carta Sociale del 1989, il Capitolo Sociale inserito nel Trattato di Maastricht nel 1992.

Certo, la realizzazione di tale obiettivo è avvenuta, soprattutto in un primo momento, mediante un processo di armonizzazione normativa, di tipo «coesivo», calato cioè dall'alto, utilizzando strumenti di *hard law*, quali regolamenti e direttive, dotati di efficacia immediatamente vincolante per gli Stati membri¹³⁵.

Importanti esempi in tal senso sono costituiti dalla Direttiva 94/33/CE, in materia di protezione del lavoro giovanile; la Direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale; la Direttiva 98/50/CE concernente il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, stabilimenti o di parti di stabilimenti; la Direttiva 2002/73/CE relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento con riguardo anche alle condizioni di lavoro; il recente Regolamento CE n. 883 del 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

Del resto, ad una valutazione di insieme non sfugge come più alla denazionalizzazione dei diritti del lavoro fa da contrappeso la costruzione progressiva di un diritto del lavoro comunitario, e più si crea un incentivo per le imprese aventi sede negli Stati membri, come pure per i distretti industriali, a rilocalizzare al di fuori dei confini nazionali e comunitari i propri circuiti produttivi e cognitivi.

¹³⁵ Roccella, M., Treu, T. (2002), *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova: Cedam.

A questo punto vi è un ulteriore elemento che deve essere considerato. Ci si riferisce al recente ingresso nell'Unione Europea, avvenuto nel 2004, di paesi dell'Europa dell'Est, quali Lettonia, Lituania, Slovacchia, Slovenia, Estonia, Polonia, Repubblica Ceca, Ungheria. In un primo momento all'interno di tali Paesi potrebbero svilupparsi fenomeni di *dumping* sociale, allo scopo di conservare e rafforzare il proprio vantaggio comparativo rispetto agli Stati membri più forti. Ma via via che il processo di armonizzazione legislativa verrà compiuto anche in questi Stati la tendenza delle imprese, così come dei distretti industriali, potrebbe essere quella di rivolgere le proprie strategie di decentramento di attività di tipo *labour* e *knowledge intensive* principalmente verso i paesi dell'Asia, dell'Africa e del Sud-America.

Tuttavia, nonostante tali considerazioni, negli ultimi anni, in ambito comunitario, si è registrata un'inversione di tendenza sotto il profilo che attiene alla scelta degli strumenti giuridici mediante i quali gli obiettivi di politica sociale vengono realizzati. Infatti – come vedremo più approfonditamente nel prosieguo del lavoro – successivamente alle innovazioni introdotte nel vertice di Amsterdam (1997) e di Nizza (2000), il processo di integrazione sociale europeo tende sempre più ad essere compiuto adottando la strategia del coordinamento per obiettivi, che ricerca un'armonizzazione normativa dal basso, anziché dall'alto, ovverosia una convergenza sospinta dagli stessi attori sociali, valorizzando i metodi della negoziazione e del dialogo sociale riconosciuti nel Trattato di Maastricht.

L'esperienza comunitaria sembrerebbe indicare, allora, che l'effettività di un *core labour standard*, contrariamente a quanto auspicato da alcuni, non è necessariamente garantita da strumenti di *hard law*.

Ed invero, l'attenzione sia della Comunità europea sia della Comunità internazionale si concentra ormai sempre più sugli strumenti di *soft law*, e più ancora su quelle *strategie* di *soft governance* che individuano nel coinvolgimento attivo delle parti sociali siffatta garanzia. Ci si riferisce in particolare alle pratiche di *Corporate Social Responsibility* (CSR) diffuse ed attuate mediante codici di condotta adottati su base volontaria dalle imprese multinazionali; clausole sociali

inserite negli accordi di commercio internazionale; tecniche di *social labelling*. Le strategie di CSR – al centro del dibattito comunitario (Libro Verde CE) e internazionale (Iniziativa “*Global Compact*” ONU 2000; Linee Guida nei confronti delle Multinazionali elaborate dall’ILO 2000 e dall’OCSE 2000) – sono l’espressione dell’esigenza di coinvolgere gli attori economici principali nel perseguimento di valori comuni e di ricercare un compromesso tra le ragioni dell’efficienza e i valori sociali. Esse mirano complessivamente a far sì che le imprese si facciano carico di preoccupazioni sociali nelle loro operazioni commerciali e nelle loro relazioni con le altre parti, «inducendole a comportamenti cooperativi che vadano al di là di quanto è strettamente prescritto» (Libro Verde CE). La diffusione delle pratiche di CSR viene veicolata da strumenti necessariamente contrassegnati dalla volontarietà: allo stato attuale, i codici di condotta, adottati dalle imprese su base volontaria, si sono rivelati gli strumenti più efficaci a tali fini¹³⁶.

8.3. Uno dei concetti chiave dei recenti sviluppi della normativa giuslavoristica è rappresentato, allora, senza dubbio dalla c.d. *responsabilità sociale delle imprese* (RSI)¹³⁷.

Certo, in tale prospettiva, pare opportuno evidenziare come il giurista del lavoro abbia però iniziato, solo di recente, ad affrontare la tematica della RSI, spinto dalla lettura del Libro Verde della Commissione europea del luglio 2001.

L’ingresso della RSI tra i nuovi temi del diritto del lavoro sembra essere dovuto alla necessità di cogliere le complessità della *Global Governance*¹³⁸, ma è innegabilmente agevolato dalla crisi di transizione di questa disciplina e da una sorta di smarrimento dei suoi principi di base, anche in connessione ai cambiamenti in atto nel mercato dei lavori.

Per *Corporate Social Responsibility* s’intende l’integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti

¹³⁶ Perulli, A. (1999), *Diritto del Lavoro e globalizzazione: clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Padova: Cedam, pag. 261; Barbera, M., (2000), *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia: Promodis Italia Editrice.

¹³⁷ È questa la traduzione italiana dell’espressione inglese *Corporate Social Responsibility* (CSR).

¹³⁸ B. Caruso (2001), *Gli esiti della globalizzazione: disintegrazione o trasformazione del diritto del lavoro?*, in S. Scarponi, p. 222.

interessate.

Si ritiene che le imprese assumano un comportamento socialmente responsabile qualora decidano di andare oltre le prescrizioni minime e gli obblighi giuridici derivanti dai contratti collettivi o dalle imposizioni legislative *hard* per rispondere alle esigenze dei lavoratori e della collettività generalmente considerata.

Ed invero, una delle considerazioni più ricorrenti soprattutto in ambienti comunitari è che scegliendo la via della responsabilità sociale, le imprese di ogni dimensione possano contribuire, in cooperazione con i loro partner, a conciliare meglio le ambizioni economiche, sociali ed ecologiche della comunità sociale.

È per questo motivo che il concetto di RSI ha assunto sempre maggiore importanza nel mondo e nell'UE e nel dibattito su globalizzazione, competitività e sostenibilità. In Europa, infatti, la promozione della RSI riflette la necessità di difendere i valori comuni e di aumentare il senso di solidarietà e di coesione.

Come è noto, la crescita sostenibile e una maggiore e migliore occupazione sono due sfide che l'UE deve affrontare, in una situazione di concorrenza mondiale e d'invecchiamento della popolazione, per salvaguardare il modello europeo di società, basato sulla parità delle opportunità, su un'alta qualità di vita, sull'inclusione sociale e su un ambiente sano.

Le imprese, motore della crescita economica, della creazione di occupazione e dell'innovazione, sono ritenute dalle Istituzioni comunitarie elementi chiave per realizzare gli obiettivi di Lisbona e di sviluppo sostenibile.

L'Europa ha bisogno che le imprese facciano quello che sanno fare meglio: offrire prodotti e servizi che danno un valore aggiunto alla società e dispiegare lo spirito imprenditoriale e la creatività necessari per creare occupazione e ricchezza.

Nel suo contributo al Consiglio di primavera del marzo 2005, la Commissione ha chiaramente riconosciuto che la RSI può *“fornire un contributo essenziale allo sviluppo sostenibile rafforzando*

al tempo stesso il potenziale innovativo e la competitività dell'Europa"¹³⁹, e pertanto, nel riesame della strategia per lo sviluppo sostenibile la stessa ha invitato *"gli imprenditori e gli altri principali operatori d'Europa ad avviare con urgenza una riflessione con gli esponenti politici sulle misure a medio e lungo termine necessarie per la sostenibilità e ad avanzare proposte imprenditoriali ambiziose che vadano oltre i requisiti legali minimi vigenti."*

8.3.1. Certo, sono stati compiuti molti progressi in materia sulla RSI da quando il Consiglio di Lisbona ha rivolto, nel marzo 2000, un appello al senso di responsabilità sociale delle imprese, al punto che gli stessi operatori economici più attivi stanno rendendosi conto che contribuire al progresso sociale ed ambientale al di là delle prescrizioni legali può rivelarsi addirittura redditizio.

Nel luglio 2002 l'UE ha approvato una strategia destinata a far sì che le capacità imprenditoriali contribuissero anche al raggiungimento degli obiettivi dello sviluppo sostenibile.

Nella Comunicazione pubblicata a luglio *Responsabilità sociale delle imprese - un contributo delle imprese allo sviluppo sostenibile*¹⁴⁰, la Commissione ha definito una strategia europea per promuovere il contributo delle imprese al progresso economico ed ambientale.

La Comunicazione in materia di strategia della RSI è frutto della consultazione durata un anno, che ha permesso di raccogliere le reazioni al Libro verde della Commissione del luglio 2001 *"Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese"*. Il Libro verde ha avanzato la tesi che la RSI potesse creare allo stesso tempo opportunità favorevoli per le imprese, la società e l'ambiente, motivando il personale e migliorando la reputazione delle aziende, nonché la conoscenza che queste ultime hanno dei propri mercati.

Successivamente è stato costituito un vero e proprio *forum* sulla RSI, che ha riunito rappresentanti delle imprese, dei sindacati e della società civile, con la Commissione in un ruolo di facilitazione.

¹³⁹ COM(2005)24 def.

¹⁴⁰ COM(2002) 347 definitivo, 2 luglio 2002.

Quest'ultima ha espresso apprezzamento per il lavoro del *forum*, e nella sua relazione finale del giugno 2004 ha manifestato la sua sintonia con le parti interessate sul fatto che le *raccomandazioni*, se attuate pienamente dai soggetti in causa, potranno far progredire la RSI in Europa e nel mondo.

Il forum ha permesso ai partecipanti di trovare un certo accordo, ma ha rivelato anche le notevoli differenze d'opinione tra il mondo imprenditoriale e le altre parti. Una concezione europea comune della RSI è emersa in base alla definizione che ne ha dato la Commissione: *l'integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate*. Il forum sulla RSI ha confermato questa definizione, approfondendone il significato e chiarendone i limiti, e ha raggiunto un consenso sulla necessità di altre attività di sensibilizzazione e di sviluppo di competenze.

In linea generale la RSI include gli investimenti nel campo del personale, la presenza attiva nella comunità e il rispetto dell'ambiente, evitando ogni coinvolgimento diretto o indiretto nella violazione di norme in materia di lavoro o di ambiente, sia all'interno che all'esterno dell'UE.

Un numero crescente di imprese pubblica rapporti sulle proprie attività di RSI. Una cinquantina di importanti società ha aderito alla rete "*CSR Europe*"¹⁴¹, che promuove lo scambio delle *migliori prassi* e lo sviluppo di strumenti per la gestione della RSI.

Da una recente inchiesta effettuata tra più di 7.000 PMI di 19 Paesi europei, è emerso che quasi metà delle società sono attivamente coinvolte in attività sociali (sponsorizzazioni, donazioni, eccetera).

L'imprenditorialità responsabile sta diventando, dunque, parte integrante delle strategie di gestione delle imprese.

Ma tale successo non deve indurre nell'errore di ritenere tale nuova forma di *soft governance* fondata su strumenti e tecniche normative *soft* possa risolvere tutti i problemi legati al mondo del lavoro in un quadro comunitario.

¹⁴¹ La consultazione è disponibile sul sito www.csreurope.org.

La definizione di “responsabile”, infatti, continua a dipendere dalle particolarità delle singole imprese.

In ogni caso, quindi, il successo a lungo termine dipende chiaramente dalla capacità di agire in linea con i valori e con le aspettative della società.

8.3.2. Di recente, la Commissione si è fatta, inoltre, promotrice di un'alleanza europea per la RSI, descritta nel documento allegato alla Comunicazione *“Il partenariato per la crescita e l'occupazione: fare dell'Europa un polo di eccellenza in materia di responsabilità sociale delle imprese”*¹⁴².

L'alleanza è un quadro politico per iniziative nuove o esistenti in materia di RSI delle grandi imprese, delle PMI e delle parti interessate.

L'alleanza è aperta alle imprese europee di qualsiasi dimensione, che sono invitate ad esprimere volontariamente il loro sostegno.

Non è uno strumento giuridico che deve essere sottoscritto dalle imprese, dalla Commissione o da un'Autorità pubblica. Non ci sono *formalità* da espletare per dichiarare il proprio sostegno all'alleanza e la Commissione europea non terrà un elenco delle imprese che la sosterranno. La Commissione darà il suo contributo all'alleanza continuando a promuovere la RSI nel rispetto degli aspetti indicati al punto 5 della suddetta Comunicazione¹⁴³.

Si prevede che l'alleanza avrà un impatto ulteriormente significativo sul comportamento delle

¹⁴² Bruxelles, 22.3.2006COM(2006) 136 definitivo

¹⁴³ In tale punto si sottolinea il ruolo che la Commissione dovrà rivestire nell'attuazione di questa nuova forma di *governance* mediante l'utilizzo di strumenti espressione di *soft law*. Ed invero, nella norma si legge che “*nel promuovere ulteriormente la RSI, la Commissione dedicherà particolare attenzione ai seguenti aspetti: – Sensibilizzazione e scambio di migliori prassi. La Commissione continuerà le sue azioni di sensibilizzazione alla RSI e di promozione dello scambio di migliori prassi con l'evolversi della RSI, interessandosi in particolare alle PMI, agli Stati membri in cui la RSI è meno conosciuta e ai paesi aderenti e candidati. Essa agirà in un partenariato consolidato con le imprese e tutte le parti interessate, in particolare con le autorità nazionali e regionali. La Commissione continuerà a promuovere gli strumenti ecologici volontari, come i sistemi di gestione ambientale e il programma Ecolabel, nonché altre iniziative di sensibilizzazione dei cittadini ai problemi sociali e ambientali e all'impatto dei loro consumi e delle loro scelte di investimento. – Sostegno a iniziative multilaterali. La partecipazione delle parti interessate migliora l'efficacia delle iniziative di RSI e per questo motivo la Commissione organizzerà periodiche riunioni di revisione del forum multilaterale. Per promuovere una maggiore sensibilizzazione alla RSI e aumentare ulteriormente la sua credibilità, la Commissione continuerà a promuovere e a sostenere le iniziative di RSI delle parti interessate, fra cui le parti sociali e le ONG, in particolare a livello settoriale. La Piattaforma europea sull'alimentazione costituisce un buon esempio di tale iniziativa. Anche i comitati di dialogo sociale settoriale sono un meccanismo importante a tale riguardo*”.

imprese europee nei confronti della RSI e sul loro impegno positivo a favore delle questioni sociali e ambientali. Tale *forma aggregativa* dovrebbe creare *nuovi partenariati e nuove prospettive* per le parti interessate nel loro sforzi di promuovere la RSI ed è quindi un fattore di mobilitazione di risorse e capacità delle imprese europee e dei loro partner.

La *partecipazione volontaria* delle imprese europee all'alleanza e il sostegno offerto dalla Commissione attraverso le sue politiche e i suoi strumenti contribuiranno a sviluppare la RSI all'interno dell'Unione e in tutto il mondo.

8.4. Taluni autori pongono l'accento sulla rilevanza della contrattazione collettiva, quale veicolo di diffusione di siffatte pratiche, che, in aggiunta, potrebbe contribuire a qualche forma di istituzionalizzazione debole delle stesse¹⁴⁴; altri sulle tecniche di *social labelling*, mediante le quali si ottiene il risultato di coinvolgere i consumatori nel compito di vigilare sull'applicazione e sul rispetto di un *core labour standard*¹⁴⁵. È importante osservare come la difficoltà di applicare e far rispettare, sia a livello comunitario sia a livello internazionale, un *core labour standard*, derivi da due principali ostacoli di stampo prettamente ideologico e culturale.

Il primo, quello più tradizionale, è costituito dall'ostilità delle economie dei paesi meno sviluppati che dubitano, da un lato, che il *core labour standard*, con cui vengono recepiti i minimi di tutele e garanzie lavoristiche vigenti nelle economie dei paesi avanzati, abbia effettivo carattere universale; dall'altro, che la disciplina del commercio internazionale sia una sede adatta a risolvere le problematiche sociali: scelta, questa, che finirebbe inevitabilmente con l'avvantaggiare le economie dei paesi più forti, secondo il principio per cui «*uniform rules for unequal partners can only produce unequal outcomes*» (ILO Report, 2004, 85). In questo senso l'ILO, ribadendo il principio per cui in nessun caso il *core labour standard* può essere utilizzato con finalità protezionistiche, ha sottolineato l'esigenza di azioni positive dirette a riequilibrare l'assetto

¹⁴⁴ Del Punta, *op. cit.*

¹⁴⁵ Compa e Diamond, *op. cit.*

sbilanciato di poteri tra le economie dei Paesi meno sviluppati rispetto a quelle dei paesi più forti (ILO Report 2004). Il secondo ostacolo è viceversa rappresentato dalla resistenza delle economie di mercato di stampo liberale (Stati Uniti, Regno Unito), che considerano ogni forma di regolazione un impedimento al libero sviluppo del mercato. A tale proposito, va sottolineato che gli Stati Uniti hanno attualmente ratificato solo due delle otto convenzioni adottate dall'ILO in materia di diritti umani fondamentali (la Convenzione n. 105 sull'abolizione della schiavitù e del lavoro forzato; la Convenzione n. 182 sull'abolizione del lavoro minorile); mentre il Regno Unito, durante tutto il periodo del governo tatcheriano, si è rifiutato di approvare la carta sociale comunitaria dei diritti fondamentali dei lavoratori del 1989 e il Capitolo Sociale del 1992.

Allo scopo di superare questa resistenza di fondo, numerosi autori, nel solco del celebre lavoro di Karl Polanyi "*The Great Transformation*" (1957), si sono impegnati ad affermare e diffondere, sul piano culturale ed ideologico, l'idea che diritti sociali ed economia di mercato non siano assolutamente in antitesi tra loro, essendo viceversa i diritti sociali il necessario presupposto del corretto funzionamento del mercato¹⁴⁶.

Ebbene, è all'interno di tale contesto che la scelta strategica di coinvolgere gli attori economici, procurandosi il loro consenso, nel perseguimento dell'effettività di un *core labour standard* può essere meglio compresa. Alla base di tale strategia vi è l'intento di fondo di far sì che i principali attori economici (multinazionali, *global networks*, gli stessi distretti industriali) si impossessino dei valori sociali, funzionando poi da veicolo di diffusione degli stessi. Ciò consentirebbe gradualmente di raggiungere, sul piano ideologico e culturale, la consapevolezza che dimensione economica e dimensione sociale sono aspetti del commercio internazionale tra di loro complementari ed inscindibili: consapevolezza, questa, che costituisce il punto di partenza necessario al fine di introdurre e far rispettare un codice leale di concorrenza tra gli Stati.

Certo, a ben vedere, con particolare riguardo al processo di internazionalizzazione dei distretti

¹⁴⁶ Si veda quanto sostenuto da Deakin, S., Wilkinson, F., (2005), *The Law of the Labour Market. Industrialization, Employment, and Legal Evolution*, London: Oxford University Press; Lyon-Caen, A. (2002), *The legal efficacy and significance of fundamental social rights: lessons from the European experience*, in *Social and Labour Rights in a Global Context*, Hepple, B., (2002), London: Cambridge University Press.

industriali, emerge un paradosso: i distretti industriali si internazionalizzano anche, tra gli altri, allo scopo di eludere l'applicazione di tutele e garanzie lavoristiche che comportano un alto costo sociale del lavoro; al contempo, tuttavia, i distretti industriali sembrano destinati a svolgere un ruolo fondamentale nella diffusione e applicazione di un *core labour standard*.

La sfida che il processo di internazionalizzazione dei distretti industriali pone è per l'appunto il superamento di tale paradosso.

A tale scopo, a fronte del parziale fallimento delle strategie di *hard law*, l'unica via sembra essere costituita da un'azione che si sviluppi anzitutto sul piano culturale, spingendo dal basso i distretti industriali ad impossessarsi dei valori sociali, a promuovere lo sviluppo di una cultura etica e sociale aziendale, così da raggiungere spontaneamente e volontariamente un compromesso tra le ragioni dell'efficienza e le esigenze sociali. La sfida è fare in modo che i distretti industriali diventino consapevoli che tale compromesso può rivelarsi un fattore di competitività oltre che uno strumento di coesione sociale; che tra efficienza economica e valori sociali non vi è un rapporto di antitesi bensì di complementarità. In un certo senso, si tratta di rileggere le due opere fondamentali di Adam Smith, *La Ricchezza delle Nazioni* e *La Teoria dei Sentimenti Morali*, come complementari e non contraddittorie, rivolte, congiuntamente considerate, a sottolineare come necessario presupposto del libero perseguimento del *Self-Interest*, su cui si fonda l'economia di mercato, sia il buon funzionamento della convivenza sociale.

8.5. Nel nostro Paese, d'altro canto, se si condividono le osservazioni precedenti e si assume la nozione di CSR del Libro Verde della Commissione europea, occorre individuare il *corpus* normativo che costituisce la base dovuta oltre la quale proiettarsi e, di conseguenza, il confine tra rispetto della legalità – che dovrebbe corrispondere alla situazione normale – e comportamenti socialmente responsabili.

In tale prospettiva si possono prospettare diversi livelli di analisi, nella piena consapevolezza, del resto, che anche in un sistema ordinamentale *hard* come il nostro – di *civil* e non di *common law*

– le regole non sembrano bastare mai e vanno sempre continuamente integrate.

8.5.1. La prima integrazione è con i principi generali della correttezza e buona fede nella esecuzione dei contratti (artt. 1175 e 1375 c. civ.); la seconda con il contemperamento di diritti di pari rango costituzionale. Per quanto riguarda la prima, l'oscillazione principale torna ad essere quella tra principi generali, obblighi derivanti dal diritto positivo e apertura oltre la frontiera dell'obbligo. Quelli indicati (correttezza e buona fede) vanno considerati come i cardini giuridicamente rilevanti dell'agire dei soggetti, cioè i principi utilizzati dal giudice per il controllo dei poteri datoriali, ponendosi la ragionevolezza come limite.

Se si seguono le indicazioni comunitarie che indicano come obiettivo da raggiungere quello di una Europa competitiva e innovativa e socialmente responsabile (c.d. 'Strategia di Lisbona'), l'approccio normativo alla CSR deve essere quello del *diritto promozionale*, l'unico dotato dei connotati che consentono di oltrepassare la frontiera (del rispetto) degli obblighi. Questo comporta anche conoscere o costruire il paradigma da utilizzare – diverso dal giudizio morale – nella composizione degli interessi degli *Stakeholder*, che possono essere non solo diversi, ma anche divergenti, evocando il problematico rapporto tra conflitto e consenso.

8.5.2. Ed ecco che ci si avvicina alla prospettiva seguita qualora venga in gioco il contemperamento di diritti di pari rango costituzionale. E' impressionante il parallelismo che emerge tra la circolarità che lega le regole di governo societario ai *codici di autoregolamentazione*¹⁴⁷, con il connesso giudizio di inutilità dell'inasprimento delle sanzioni, e il tema della regolamentazione dello sciopero – cioè del conflitto – nei servizi pubblici essenziali. Oramai le tecniche normative scelte nell'ambito dei conflitti di lavoro sono da valutare positivamente e la circolarità appare ordinario connotato del rapporto tra regole autonome e regole legislative.

8.5.3. Vi è, del resto, un tema che, più di altri, dimostra come si possano addirittura saldare le tecniche repressive con quelle *promozionali*, e che è considerato da molti¹⁴⁸ come il miglior banco

¹⁴⁷ G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, Adelphi, Milano, 2003, pag. 96.

¹⁴⁸ D. Gottardi, *L'evoluzione del diritto del lavoro e la CSR in Italia e in Europa*, Volume Guida critica alla RSI,

di prova della CSR. Il diritto del lavoro è permeato di questa doppia valenza, che diventa palmare nella parte in cui si occupa della parità di trattamento e di opportunità e del divieto di discriminazioni tra donne e uomini.

Un pilastro è costituito dai *divieti di discriminazione* e dalla *parità di trattamento e di opportunità*. Il principio della parità di trattamento segue linee sempre più diversificate, riguardando sia i componenti dei gruppi esposti al rischio di discriminazione sia i lavoratori in quanto tali messi in relazione, laddove possibile, a quelli *comparabili* cui si affiancano (ad esempio tempo parziale e tempo pieno). Assume, pertanto, crescente ruolo strategico, benché, a mio avviso, non possa essere considerato sufficiente, quanto meno in termini di fatto, almeno per quella che è stata finora l'esperienza del nostro Paese.

Si può qui ricordare la disposizione posta all'articolo 9 della legge n. 125 del 1991, sulla parità sostanziale nel lavoro tra donne e uomini, che impone alle imprese con più di cento dipendenti l'obbligo di predisporre un rapporto biennale sulla situazione del personale. La norma va annoverata tra gli strumenti legislativi di particolare pregio, in quanto prevede la raccolta e la diffusione di informazioni significative in materia di gestione delle risorse umane. Si tratta di un contenitore di elementi che possono essere considerati utili ai fini della predisposizione del bilancio sociale, data anche la notoria difficoltà di costruire e utilizzare indicatori comuni o *standard* di conoscenza, che dovrebbero essere caratterizzati dalla capacità di adattarsi alle modifiche del contesto legislativo e di fatto, nonché alle diversità di settori produttivi e di dimensioni dell'impresa, e che dovrebbero essere in grado di disegnare l'evoluzione dinamica in atto. Del resto tanto più vengono in rilievo le scelte esercitate dalla singola impresa, tanto più è difficile procedere a comparazioni che richiederebbero confronti tra dati omogenei.

Più in generale, il tema della parità di opportunità incrocia le azioni positive, da considerare l'esempio più significativo di strumento che consente di oltrepassare il limite degli obblighi.

Ad una attenta analisi sono strumenti che consentono di andare oltre l'obbligo e insieme di

rispettare l'obbligo.

Inoltre è da ricordare – a valere per il dibattito che attraversa la CSR sul carattere volontario e sulla necessità/opportunità di interventi di sostegno – che queste azioni positive restano nell'ambito della libera scelta del datore di lavoro pur trovando la fonte nella disciplina normativa. Il problema non consiste, pertanto, nella fonte. Piuttosto è da prestare attenzione all'eventuale corredo di incentivi. Nel caso di specie, invero, per agevolare il loro sviluppo è stato previsto un minimo fondo di finanziamento e questa opportunità ha finito per condizionare lo sviluppo stesso delle iniziative, le azioni positive nel nostro Paese coincidendo quasi completamente con quelle finanziate.

8.6. Quando il periodo corporativo era da poco tempo alle spalle, le teorie che puntavano alla valorizzazione del consenso, delle soluzioni collettive e conciliative delle controversie, del richiamo alla solidarietà tra i fattori produttivi erano parse da emarginare. Ora si rischia l'opposto. Si va dalla visione *Law&Economics* in cui si pensa di dover rifiutare rilevanza alla redistribuzione della ricchezza privilegiando l'efficienza dei risultati a quella che ritiene comunque insufficiente – data la scala mondiale dei mercati e l'incapacità delle discipline nazionali di corrispondervi – intervenire statualmente sulla redistribuzione per occuparsi del momento della produzione della ricchezza. “Agire sulla sola redistribuzione è, nelle condizioni attuali, troppo tardi. All'impresa è dunque chiesto di diventare *sociale* nella normalità della sua attività economica”¹⁴⁹.

E' come se ci fosse una saldatura, almeno se conseguentemente pensiamo che essere socialmente responsabili significhi ottenere vantaggi competitivi di efficienza anche economica.

E ancora è comune affermazione ricordare come le economie più avanzate possano vincere la sfida della esternalizzazione della produzione nei Paesi emergenti basandosi sulla competitività e non sul risparmio dei costi, evitando una rincorsa al ribasso che finisce per coinvolgere, in una atroce competizione sociale, sia i paesi poveri rispetto ai paesi ricchi, sia le persone all'interno dell'una e dell'altra area. Ma, contemporaneamente, si ritiene che la strada, nei riguardi del fattore

¹⁴⁹ S. Zamagni, 2003, “L'impresa socialmente responsabile nell'epoca della globalizzazione”, in E. D'Orazio, p. 35.

lavoro, passi soprattutto o comunque per la riduzione delle rigidità normative.

Ecco allora che in conclusione si può affermare che il diritto del lavoro intrattiene relazioni complicate con la prospettiva della CSR, avendo messo nel conto il rischio del passaggio dal binario della rigidità e della inderogabilità normativa, destinato a vincolare i comportamenti del datore di lavoro nei confronti dei lavoratori, a quello di una assunzione volontaria – e redditizia nell’immagine e nella reputazione – degli stessi, una volta abbassato il recinto giuridico.

La stessa riconduzione dei lavoratori e delle loro rappresentanze tra gli *Stakeholder* dell’impresa-datore di lavoro può risultare fuorviante se non si tiene a mente che si tratta di categorie di portatori di diritti e non solo di interessi. Se questa osservazione può essere fatta valere per tutti i soggetti, è indubbio che la mole di regole in materia di lavoro è e resta particolarmente imponente. Torna la dicotomia da cui siamo partiti, che è alla base della CSR e che può essere così risolta: i lavoratori sono portatori di diritti nei confronti della disciplina dell’ordinamento giuridico, sono portatori di interessi nell’assunzione di *responsabilità estese “oltre l’obbligo”*. In questo senso, ma solo in questo senso, può diventare indifferente la coincidenza quasi completa dei temi della CSR legati al fattore lavoro con gli istituti del diritto del lavoro¹⁵⁰.

Occorre che la CSR sia intesa come politica di coesione sociale, che porta creatività, ricerca, modernizzazione, per competere sul mercato di inizio secolo, limitando gli effetti della deregolazione, la riduzione dei diritti dei lavoratori, la prevalenza delle esigenze dell’impresa.

A tal riguardo, è assolutamente da condividere l’opinione di quanti sostengono che tale forma di *governance* non rappresenta un fuga dal diritto se si tengono fermi i punti di partenza e si identifica la CSR come processo¹⁵¹. Non si deve avere timore che la CSR si occupi, con i suoi strumenti, soprattutto di modalità gestionali e organizzative. Il problema sta a monte, nella necessità che l’importazione di un modello costruito per compensare o completare ordinamenti di *Common Law* non finisca per diventare il cuneo che porti a superare il nostro modello socio-giudirico.

¹⁵⁰ R. Del Punta (2004), *Responsabilità sociale d’impresa e diritto del lavoro*, in www.unicz.it, di prossima pubblicazione in un volume collettaneo a cura di G. Alpa, pag. 5.

¹⁵¹ D. Gottardi, *op. cit.*.

Certo, è probabilmente da condividere l'osservazione¹⁵² secondo cui alcuni strumenti della CSR, e in particolare i *codici di condotta*, contengono “nella quasi totalità dei casi regole ispirate a principi assolutamente vaghi e ovvi, oppure norme di comportamento per la cui violazione esiste già una specifica sanzione giuridica, prevista dal diritto del lavoro (per quel che riguarda la tutela dei dipendenti), dalle leggi sulla concorrenza (per quel che si riferisce ai rapporti con il mercato), dal diritto societario (per quel che concerne i diritti degli azionisti), e così via”.

Ma bisogna, tuttavia, prestare grande attenzione alla prospettiva nella quale ci collochiamo.

Ed invero, nel cerchio più ampio indotto dalla mondializzazione, i principi vaghi diventano la rete di protezione di base, cioè vanno considerati come i limiti ordinamentali comuni e generali e, in quanto tali, obbligatori. Nel cerchio più limitato – nazionale ed europeo – la CSR non può corrispondere al mero e semplice rispetto della legalità, ma deve *proiettarsi oltre* ed in questo senso l'adesione non può che essere volontaria. Questo significa che gli stessi strumenti devono essere idonei a tener conto di doppi (o tripli) *standard*, anche per evitare di incorrere in rischi di manipolazione.

8.7. Orbene, a seguito di tali riflessioni, si possono avanzare alcune considerazioni conclusive.

Il *soft law* che abbiamo analizzato, invero, evidenzia la possibilità che anche nel quadro dell'ordinamento giuridico interno si assista alla presenza di espressioni di *diritto attenuato* non solo *post legem*, ma altresì *sine lege*.

Ed invero, risulta assolutamente evidente che l'assunzione di obblighi di responsabilità sociale da parte delle imprese che ritengono opportuno aderire alla rete RSI, comporta la possibilità di legarsi a dei vincoli giuridici che, pur essendo di natura *soft*, tuttavia consentono di andare al di là di quelle che sono le espresse previsioni legislative.

In diritto interno, insomma, il sistema di RSI permette ad una nuova forma di *governance*,

¹⁵² G. Rossi, *op. cit.*

fondata sull'utilizzo di strumenti normativi *attenuati*, di ottenere dei risultati, in termini di assunzione di obblighi ed impegni in materia di qualità della produzione e delle condizioni di lavoro dei dipendenti, che non potrebbero altrimenti essere raggiunti mediante l'utilizzo di discipline giuridiche tradizionali fondate sull'inderogabilità della norma.

La funzione, allora, che svolge tale forma di *governance* è chiaramente *paralegislativa*.

Il *soft law*, in altri termini, assume, in tale prospettiva, la capacità di disporre regolamentazioni totalmente autonome ed indipendenti da quelle *hard* tradizionali, in quanto in grado di incidere su materie specifiche non ancora disciplinate da fonti giuridiche vincolanti.

Insomma, è possibile affermare che anche nell'ambito dell'ordinamento giuridico statale è possibile rinvenire aspetti di taluni settori privi di regolamentazione e che non è possibile disciplinare mediante l'utilizzo dei vari strumenti di soluzione delle antinomie o delle lacune.

Questo per un semplice motivo.

Ed invero, non si tratta di disciplinare materie nuove (si pensi all' e-commerce) sorte ad esempio a seguito di evoluzioni tecnologiche della società, onde non si pone l'esigenza di colmare, dunque, alcuna lacuna.

Gli strumenti di *diritto attenuato*, invece, intendono ottenere risultati importanti e determinanti in un'ottica pro-attiva rivolta alla più completa e compiuta realizzazione dei principi propri dello Stato sociale di diritto che impernano di sé il nostro ordinamento costituzionale.

Il *soft law*, in tale prospettiva interpretativa, si manifesta quale strumento funzionalmente deputato ad assicurare più profondi ed ampi livelli di tutela dei diritti sociali dei lavoratori e più in generale delle classi meno abbienti, contribuendo alla realizzazione del principio di eguaglianza sostanziale assunto a fondamento dell'azione dello Stato costituzionale italiano a partire dal secondo Dopoguerra.

Certo, caratteristica strutturale di tale forma di *giuridicità attenuata*, è il suo essere espressione di un accordo tra le aziende direttamente coinvolte, ed il suo essere fondato, dunque, su una comune e concorde volontà degli operatori economici tradizionalmente destinatari di discipline

inderogabili *hard* volte a garantire livelli minimi di tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori.

Siamo in presenza, allora, di vere e proprie forme spontanee – certo favorite da interventi propulsivi della Commissione europea o eventualmente anche di altre istituzioni nazionali – di *self regulation*.

In tal senso, si può serenamente sostenere che lo sviluppo e la vigenza concreta di forme di giuridicità attenuata, strutturalmente *sine lege*, e funzionalmente *paralegislative* non destano eccessive preoccupazioni teoriche, in diritto interno, in relazione alla possibilità di destabilizzare il sistema costituito delle fonti di diritto.

Ed invero, il *soft law* analizzato, oltre ad insistere su livelli di protezione giuridica e quindi su oggetti specifici non disciplinati dalla legislazione *hard*, è fondato sul consenso degli stessi destinatari delle regole *morbide*, quasi sostituendo in alcune limitate materie, il principio di democrazia parlamentare mediata e rappresentativa con un più diretto ed immediato principio di democrazia fondato sull'autonomia dell'elaborazione normativa.

Certo, è evidente che i precetti elaborati mediante *self regulation* non possono in alcun modo contrastare con regole giuridiche poste da fonti-atto di diritto.

Il dubbio sussiste, allora, solo in relazione ai rapporti che intercorreranno tra le norme *soft* e le regole invece di natura consuetudinaria.

Qualcuno, addirittura, potrebbe affermare che gli stessi precetti di *soft law* da ultimo considerati, divengano in realtà, con la prassi costante, essi stessi *consuetudine*.

Sul punto, del resto, ci sentiamo di non essere d'accordo per un semplice motivo.

Ed invero, se anche possa rinvenirsi eventualmente la presenza dell'elemento della *diuturnitas* nei precetti autoregolativi, non potrà giammai riscontrarsi l'esistenza dell'*opinio iuris ac necessitatis* di cui necessita una regola di condotta osservata dai consociati per divenire fonte fatto dell'ordinamento giuridico interno.

Ed invero, è del tutto evidente che le imprese che aderiscono alla RSI pongono in essere

comportamenti, adottano atti e codici, partecipano a riunioni e forum, seguono le migliori prassi, ma solo ed esclusivamente nella piena consapevolezza dell'assoluta volontarietà di tali azioni.

Paradossalmente la eventuale *intentio iuris* degli operatori economici coinvolti in tale forma di *governance* farebbe venir meno la peculiare giuridicità pratica e concreta degli strumenti *soft* considerati.

Tale considerazione, allora, comporta – a nostro avviso – la conseguenza che in caso di eventuale conflitto materiale tra una regola consuetudinaria ed una di *soft law*, strutturalmente *sine lege*, debba essere data necessariamente preferenza alla prima, in quanto formalmente riconosciuta dal nostro ordinamento giuridico quale fonte formale di diritto e certamente rispettata dalla totalità consociati in quanto tale.

9. Le norme programmatiche degli Statuti regionali sono soft law ?

La recente vicenda che ha riguardato le norme programmatiche degli Statuti delle Regioni Italiane ha suscitato un grande dibattito in dottrina sul ruolo da attribuire a tali norme nell'ambito del sistema interno delle fonti di diritto.

Facciamo riferimento al caso della Sentenza n. 372/2004¹⁵³ con la quale la Consulta ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri in merito alla legittimità costituzionale di alcune norme programmatiche dello Statuto regionale della Toscana¹⁵⁴.

Le norme contestate che presentano maggiori profili problematici erano le seguenti :

¹⁵³ Cui hanno fatto immediato seguito le pronunce nn. 378 e 379 del 6 dicembre 2004, relativamente agli Statuti di Emilia-Romagna ed Umbria.

¹⁵⁴ Sentenza del 2 dicembre 2004, su ricorso notificato il 9 agosto 2004, depositato il successivo 12 agosto 2004, con il quale il P.C.M. ha sollevato questione di legittimità costituzionale di alcuni articoli dello statuto della Regione Toscana, approvato in prima deliberazione il 6 maggio 2004 e, in seconda deliberazione, il 19 luglio 2004, pubblicato nel Bollettino Ufficiale della Regione n. 27 del 26 luglio 2004, in riferimento agli articoli 2, 3, 5, 24, 29, 48, 97, 113, 114, 117, secondo comma, lettere e), f), i), l), p), s), terzo, quinto e sesto comma, 118, 121, 122, 123, 138 della Costituzione.

l'art. 3, comma 6, dello statuto impugnato stabilisce che “la Regione promuove, nel rispetto dei principi costituzionali, l'estensione del diritto di voto agli immigrati”;

e l'art. 4, comma 1, lettera h), dello statuto in esame dispone che la Regione persegue, tra le finalità prioritarie, “il riconoscimento delle altre forme di convivenza”.

La Corte, già nella sentenza n. 2 del 2004 aveva sollevato dei dubbi quanto alla “misura dell'efficacia giuridica” di tali proclamazioni programmatiche statutarie, in merito alla vicenda che riguardava la Regione Calabria.

Tale dubbio è stato definitivamente sciolto considerando che *“alle enunciazioni in esame, anche se materialmente inserite in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, collocandosi esse precipuamente sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello statuto... Se dunque si accolgono le premesse già formulate sul carattere non prescrittivo e non vincolante delle enunciazioni statutarie di questo tipo, ne deriva che esse esplicano una funzione, per così dire, di natura culturale o anche politica, ma certo non normativa”*.

Nel caso in esame, enunciazioni siffatte non comportano né alcuna violazione, né alcuna rivendicazione di competenze costituzionalmente attribuite allo Stato e neppure fondano esercizio di poteri regionali. E' stato quindi considerato inammissibile il ricorso governativo avverso le impugnite proposizioni dei predetti articoli, per la loro carenza di idoneità lesiva.

Le formule utilizzate dai Giudici Costituzionali hanno determinato una conseguenza, a nostro avviso, pericolosa. Il sistema giuridico italiano dovrà, *de facto*, ammettere l'esistenza di strumenti formalmente abilitati ad innovare o modificare se stesso, che tuttavia, in sede giurisdizionale, potranno essere di volta in volta privati del loro potenziale normativo, a seconda del contenuto sostanziale delle disposizioni in essi contenute.

La Consulta ha, infatti, riconosciuto, in maniera chiara ed inequivocabile, la possibilità che norme contenute in fonti-atto formalmente riconosciute dagli ordinamenti giuridici statuali possano

essere in realtà declassate a precetti dotati di valenza solo ed esclusivamente politica o culturale.

È possibile, dunque, che una Legge del Parlamento od una Legge Regionale, in materie di propria competenza, possano serenamente e pacificamente “raccomandare”, “comunicare”, “esortare” o “proclamare”, senza però “regolare” o “disciplinare”.

Ma qualcuno ha interpretato in maniera differente la portata giuridica di tale pronuncia e ha parlato addirittura di *soft law* a proposito delle norme regionali programmatiche statutarie, prendendo spunto, in particolar modo, dalla Carta di Nizza¹⁵⁵.

Ma in realtà, a ben vedere, la vicenda che caratterizza la Carta dei diritti dell’Unione Europea del 2001 è radicalmente opposta a quella che concerne l’esperienza statutaria regionale Italiana.

Ed invero, per quanto riguarda le norme della Carta di Nizza, esse non presentano alcuna efficacia giuridica vincolante nei confronti degli Stati Membri.

Si è in presenza di una Dichiarazione di principi non lontana dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo del 1948, il cui valore politico indiscutibile non si affianca ad una pari ed eguale forza normativa. Il Giudice Comunitario ha cercato in diverse occasioni di applicare alcune importanti regole contenute in tale Dichiarazione, ma per fare ciò si è avvalso di differenti escamotage, quali ad esempio, il ricorso ai principi generali del nostro ordinamento comunitario.

Mai la Corte di Giustizia ha operato un richiamo diretto alle norme contenute nella Carta di Nizza, in quanto lo strumento non rientrava tra le fonti atto comunitarie.

Quando, invece, analizziamo le norme programmatiche o di principio di tutela dei diritti della persona umana contenuti negli Statuti regionali, ci accorgiamo della profonda e radicale diversità della situazione giuridica.

Le norme, infatti, sono contenute in uno atto riconosciuto dall’ordinamento quale strumento in grado di produrre diritto in quanto in grado di modificare o innovare l’ordinamento esistente.

La Corte Costituzionale ha compiuto, dunque, un’operazione opposta a quella che spesso

¹⁵⁵ Si veda Violini, in Convegno, *V Giornate di diritto italo-spagnolo*, Ravello, 21-22 settembre 2006, Università Federico II Napoli,

mette in atto la Corte di Giustizia. Invero, la Consulta ha ritenuto opportuno declassare delle regole chiaramente giuridiche a meri proclami politici o culturali, privi di efficacia normativa effettiva, laddove, invece tale efficacia era loro intrinsecamente attribuita dalla natura di fonte dell'atto che le conteneva.

Tale procedimento assolutamente non condivisibile consente, però, di raggiungere una conclusione teorica importante.

L'analisi dell'operato della Consulta, infatti, ci permette di comprendere perfettamente tutto ciò che *soft law* certamente non è.

Quando parliamo, dunque, di *soft law* intendiamo far riferimento ad un complesso di regole di condotta, le quali, pur non avendo forza legale vincolante (*contraignante*), nondimeno sono in grado di ottenere degli effetti pratici concreti, quali la capacità di indirizzare ed orientare i comportamenti dei destinatari dei loro precetti.

Orbene, emerge con assoluta evidenza che i precetti statutari in questione non sono in alcun modo equiparabili a norme di *soft law* .

Le norme contestate dal Governo, infatti, sono inserite in un atto-fonte formalmente riconosciuto dal nostro ordinamento giuridico, ragion per cui le regole espresse sono indiscutibilmente regole di *hard law*, anche se le formule utilizzate sono espressione, come già evidenziato, di una tecnica di *soft regulation*.

10. Il sindacato giurisdizionale sugli strumenti di soft law : è possibile oppure impossibile, è desiderabile oppure indesiderabile ?

Essendo quello degli atti di “diritto morbido” un universo così articolato, non si può dare una risposta univoca circa la necessità che essi seguano procedure tassative e circa la loro eventuale possibile impugnabilità.

10.1. Uno dei temi maggiormente dibattuti in dottrina è stato, infatti, quello della eventuale potenziale giustiziabilità degli atti di *moral suasion* della Consob.

Dibattito che, del resto, è ampiamente allargabile a tutti gli atti di *soft law* adottati dalle Autorità indipendenti italiane per i quali non vi sia una espressa ed esplicita disciplina normativa *hard*.

La generalità e l'astrattezza incidono considerevolmente sugli effetti prodotti dalle *comunicazioni* di tali Autorità.

Tali atti non vincolano gli operatori, per quanto di fatto riescano ad orientarne efficacemente i comportamenti, né precludono la loro possibilità di adire la giustizia ordinaria.

Ma vi è di più.

Ed invero, essi costituiscono un precedente solamente persuasivo anche per la stessa Autorità indipendente, che non è tenuta obbligatoriamente a conformarsi ai suoi precedenti orientamenti, come dimostra, ad esempio qualche sporadico *revirement* della CONSOB.

Anche in questo caso, tuttavia, nella sostanza le *comunicazioni* – ma anche le *risposte* ai quesiti – assumono una funzione nomofilattica e probabilmente, anche nella forma, si presentano come fortemente persuasive, richiedendo eventuali mutamenti un'apposita motivazione.

In relazione agli atti di *moral suasion* della Consob, d'altro canto, la dottrina dominante ha chiarito che essi non costituiscono diritto oggettivo per il Ministero dell'Economia e, sebbene sporadiche, non sono mancate occasioni in cui il dicastero ha comminato sanzioni amministrative, ad onta del parere contrario della CONSOB fondato sul rispetto dei suoi suggerimenti.

E tuttavia, la vera *vexata quaestio* che ha animato il dibattito teorico consiste nell'ammissibilità del sindacato giurisdizionale sugli atti di *moral suasion* della CONSOB, in una prospettiva che è certamente estendibile per analogia anche agli atti di *soft law* di altre Authority.

Se non sono mancate aperture dottrinarie a favore di un controllo giurisprudenziale su

determinati tipi di risposte ai quesiti¹⁵⁶, nel caso in cui questi siano potenzialmente lesivi di situazioni giuridiche soggettive, gli autori hanno storicamente ritenuto incompatibile un simile sindacato sulle comunicazioni in assenza di atti puntuali che ne costituiscano espressione.

D'altra parte, nello stesso senso si muove un recente disegno di legge, l'atto della Camera 4639/2004, che – in linea con un approccio fondato su un'*accountability* diffusa e su un sindacato blando da parte della Magistratura – nega *a priori* il controllo giurisprudenziale sugli atti di *soft law* di CONSOB e Banca d'Italia¹⁵⁷.

La giurisprudenza, viceversa, va maturando un orientamento differente: la possibilità di adire i Tribunali contro le *comunicazioni* sarebbe giustificata dal rispetto dell'articolo 113 della Cost., dalla riconduzione del potere della CONSOB al suo ruolo istituzionale di diritto pubblico e dall'individuazione della delega in rinvii amplissimi come quelli presenti agli articoli 6, 74 e 91 del TUF¹⁵⁸.

Il Consiglio di Stato, del resto, è supportato nel suo atteggiamento dal pericolo che si affermi l'aporia risultante dal famoso caso americano *New York Employees vs. SEC* del 1995: vale a dire dal rischio che l'astratta affermazione della prevalenza delle norme sugli atti di *moral suasion* sia, paradossalmente, compromessa proprio dalla inimpugnabilità di questi ultimi.

Se dovesse affermarsi l'orientamento favorevole al sindacato, del resto, si dovrebbe poi discutere immediatamente sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo

¹⁵⁶ E' la tesi di F. Annunziata, *Interpretare o legiferare? Le comunicazioni persuasive delle Autorità di controllo sui mercati finanziari*, in *Riv. Soc.*, 1995, p. 908, secondo il quale anche in tale caso vanno vagliati esattamente presupposti, contenuto dell'atto ed effetti per verificare se vi è davvero lesione di situazioni giuridiche soggettive.

¹⁵⁷ L'articolo 15 di tale progetto – che ha tra i relatori gli onorevoli Fassino, Violante, Bersani e Visco – e intende modificare la l. 216/1974 delegando al Governo l'emanazione di un decreto legislativo, vincolato a prevedere che “gli atti della Consob che non abbiano natura di regolamento non siano impugnabili né davanti all'autorità giudiziaria ordinaria né davanti al giudice amministrativo”. Il d.d.l. precisa che “non devono essere impugnabili, in particolare, gli atti c.d. di collaborazione, quali risposte a quesiti, raccomandazioni o comunicazioni”.

¹⁵⁸ L'ordinanza 1924/1999 del Consiglio di Stato, in materia di *passivity rule*, ha equiparato gli atti di *moral suasion* sostanzialmente ad atti amministrativi. Ancor più esplicita, in materia di sindacabilità di tali atti, è l'ordinanza 2964/1999 del TAR Lazio, vale a dire l'ordinanza che ha sospeso proprio la comunicazione sulle azioni difensive contro l'OPA, da cui poi è scaturito il pronunciamento del Consiglio di Stato. Il giudice di primo grado, infatti, aveva sostenuto che la comunicazione era espressione di una potestà attribuita istituzionalmente alla CONSOB, e che come tale era suscettibile di impugnazione. Sul tema, del resto, si veda anche A. Segni, *I mercati e i valori mobiliari*, in *Trattato di Dir. Amm.*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, p. 2967, laddove afferma a tal riguardo che “la giurisprudenza ha riconosciuto che simili atti” sono impugnabili, “rappresentando espressione di una funzione che non è riconducibile all'autonomia o a una posizione di autorità fondata sul diritto privato, ma risale pur sempre ad una posizione di supremazia pubblicistica”. Infatti, “anche se mirati a rendere nota l'interpretazione che l'amministrazione fa”, tali atti “esprimono un punto di vista qualificato ed imparziale che esplica la funzione prevista dall'articolo 91 t.u.f. di tutelare l'investitore, orientandone l'attività”.

in ordine al controllo sulle *comunicazioni*.

10.2. Indipendentemente da tale riparto, tuttavia, un dato è certo ed inconfutabile: gli atti di *soft law* non potrebbero mai assolutamente vincolare il giudice.

Ma questo non vuol dire che tali atti siano allora sprovvisti di ogni effetto giuridico pratico.

Ed invero, a nostro avviso, al di là del problema inerente l'astratta impugnabilità di strumenti di *soft law* in sede giurisdizionale, il punto essenziale da chiarire concerne piuttosto la questione della loro potenziale effettiva obbligatorietà nei confronti della Amministrazione indipendente che li abbia emanati.

A tal proposito, noi ci sentiamo di affermare che gli atti di *soft law* vincolino l'istituzione pubblica che li ha adottati al fine di indicare le linee direttrici della futura azione amministrativa discrezionale.

Il problema che si pone consiste, allora, piuttosto nell'individuare le possibilità riconosciute ai cittadini di far valere l'astratta eventuale obbligatorietà di tali strumenti *soft* in sede giurisdizionale.

Una soluzione potrebbe essere certamente la previsione di una vera e propria *inversione dell'onere della prova* a carico di coloro i quali ritengano di essere illegittimamente stati lesi da un provvedimento amministrativo che li abbia sanzionati nonostante avessero tenuto una condotta rispettosa delle indicazioni fornite in strumenti di *soft law*.

Ma potremmo immaginare anche un'altra soluzione.

In tale prospettiva, invero, si può effettivamente pensare di consentire agli operatori economici che ritengano di essere stati lesi da una decisione individuale di un'Autorità amministrativa indipendente che si sia discostata dalle regole preventivamente introdotte mediante atto di *soft law*, di contestare la violazione *dell'affidamento legittimo* instaurato da simili deliberazioni, ad esempio nella valutazione della buona fede.

Insomma il giudice adito per contestare la legittimità di una decisione adottata da un'Autorità, può – nostro avviso – tutelare il legittimo affidamento che le regole di *diritto morbido* introdotte

dalla stessa amministrazione abbia ingenerato in capo agli operatori economici privati.

Sul punto, del resto, potremmo azzardare anche una soluzione più ardita.

E cioè potremmo immaginare la possibilità di attaccare una decisione di un'Autorità che si discosti dalle direttrici comportamentali autoimpostasi per presunto *eccesso di potere*.

La violazione di una *comunicazione* o di un *orientamento* potrebbe divenire una delle numerose figure sintomatiche del vizio di *eccesso di potere* che può condurre all'annullamento di una decisione formale di un'Autorità amministrativa indipendente.

PARTE SECONDA

CAPITOLO I

Le peculiarità dell'ordinamento giuridico comunitario

SOMMARIO: 1. *Il significato dell'Unione Europea nel contesto storico contemporaneo;*
- 2. *Primi spunti critici sul tema del soft law nell'ambito dell'Unione Europea;* - 3. *La specificità dell'Unione;* - 4. *La natura dell'Unione;* - 5. *European democratic legitimation;* - 6. *I principi dell'azione legislativa;* - 7. *The European rule of law;* - 8. *Il sistema delle fonti comunitario;*

1. Il significato dell'Unione Europea nel contesto storico contemporaneo

1.1. Il “fenomeno” politico-istituzionale attualmente denominato Unione Europea è il risultato di una complessa, lenta e difficoltosa attività ormai cinquantennale di ingegneria costituzionale ed istituzionale.

L'Unione Europea rappresenta un soggetto assolutamente nuovo ed inedito nel panorama della cultura giuridica contemporanea, frutto – come già evidenziato a più riprese sopra – del pensiero giuridico di derivazione liberale e statuale.

L'Unione Europea è una unione sopranazionale di Stati sovrani che gode tuttavia, in via diretta e non mediata, in numerosi settori della vita economica e sociale, di un pieno, completo, legittimo ed irreversibile potere sovrano di decisione politica e normativa .

Certo, è innegabile che l'approccio abituale della dottrina classica consiste nel considerare l'UE come una semplice e tradizionale Organizzazione internazionale.

I tratti indubbiamente caratteristici dell'Unione non consentono, in alcun modo, per taluni autori, di configurarla alla stregua di uno Stato federale.

L'Europa, in tal senso, non cessa di essere percepita come un "*pouvoir étranger*", a causa di quello che è stato definito l' "*axiome cardinal de la politique moderne : la souveraineté de l'Etat*"¹⁵⁹.

Il pensiero giuridico contemporaneo, invero, è imperniato sulla tradizionale dicotomia tra due sole forme di organizzazione delle relazioni internazionali.

Gli Stati possono dare vita o ad una Confederazione fondata su di un trattato internazionale, le cui dinamiche decisionali ovviamente contemplano la necessità della unanimità tra i rappresentanti delle Nazioni componenti l'Organizzazione internazionale, oppure può darsi vita ad un vero e proprio Stato federale, fondato sulle basi di una Carta Costituzionale che si pone come Grundnorm dell'intera struttura giuridica statale.

Tertium non datur.

O lo Stato si dissolve, associandosi ad altri per dare vita ad una nuova autonoma e sovrana Entità Statale federale, oppure esso conserva la propria piena autonomia, decidendo soltanto di stabilire un rapporto di cooperazione internazionale con altre Nazioni, che non infici, però, in alcun modo le sue attribuzioni sovrane.

Tutto ciò che si trovi in mezzo tra queste due categorie non può essere che anomalo e necessariamente passeggero.

Di qua sorge la difficoltà dottrinale ad attribuire una razionalizzazione sistematica alla struttura giuridico-istituzionale dell'Unione Europea.

Lo Stato cui ci si riferisce, derivazione dell'istituzione politica sorta nell'ultima parte del XIX secolo e sviluppatasi nel XX secolo, non ammette concorrenti, è titolare del monopolio della

¹⁵⁹ Magnette, *La politique de l'Union Européenne*, Ed. ULB, Bruxelles, 2001, pag. 11.

decisione politica, e pertanto qualsiasi manifestazione del diritto non può essere altro che “diritto dello Stato” (*Staatsrecht*).

.....

1.2. È alla luce di tali considerazioni di fondo, allora, che si comprende pienamente come, in realtà, l'euroscetticismo dei tecnici nei confronti dell'Unione non sia che la variante europea di un fenomeno universale, ormai inarrestabile, che ha condotto ad una vera e propria erosione delle frontiere nazionali : la globalizzazione.

In tale contesto “où les flux humains, matériels, culturels et financiers traversant les Etats s'intensifient année après année, le concept de souveraineté a quelque chose d'un peu désuet” ¹⁶⁰

D'altra parte, per capire le motivazioni e le aspirazioni reali da cui trassero vita le prime Comunità Europee, bisogna calarsi nel clima degli anni immediatamente successivi alla fine della Seconda Guerra Mondiale.

Il problema che si poneva all'attenzione dei padri fondatori dell'integrazione europea, Monnet, Schuman, Adenauer e De Gasperi, era quello di cercare una soluzione che consentisse di creare un'aggregazione economica ma altresì politica all'interno del continente europeo devastato da anni di conflitti.

Caratteristica peculiare delle Comunità che si vennero a creare era quella, dunque, di fare ricorso a strumenti di natura economica al fine di dare vita ad un grande ed ambizioso progetto di integrazione politica degli Stati del Vecchio Continente.

Del resto, la migliore espressione di questo disegno complesso è rinvenibile nella celebre dichiarazione di Schuman, Ministro degli Esteri francese, pronunciata il 9 maggio del 1950, il quale sottolineò che “La pace nel mondo non può essere salvaguardata se non facendo sforzi costruttivi

¹⁶⁰ Magnette, *op.cit.*, pag. 11.

*proporzionati ai pericoli che la minacciano...L'Europa non si farà d'un tratto, né secondo un piano generale : essa si farà attraverso delle realizzazioni concrete, creando anzitutto una solidarietà di fatto”*¹⁶¹.

È per tale ragione che la costruzione dell'Europa ha seguito il metodo definito da Jean Monnet dell' *intégration fonctionnelle*, nella convinzione che, piuttosto che cercare grandi ed indefinite collaborazioni, fosse più produttivo cercare delle cooperazioni circoscritte a materie specifiche, rafforzate dalla creazione di nuovi organi sopranazionali, la cui composizione tecnocratica permetteva di correggere i difetti dell'instabilità politica alla continuità della funzione pubblica.

La dinamica dell'integrazione ha ottenuto un nuovo slancio a partire dall'adozione dell'Atto Unico Europeo, nel 1986, cui poi ha fatto seguito il noto Trattato di Maastricht del 1992, il quale ha segnato una vera e propria svolta in senso sia politico che economico del processo di unificazione europea, creando una struttura di tre Pilastri fondamentali che attualmente continua a fondare l'Unione Europea.

2. Primi spunti critici sul tema del soft law nell'ambito dell'Unione Europea

2.1. La natura evolutiva dell'Unione, certo, non facilita la riflessione sulla sua reale natura giuridica.

Riflessione, che, d'altra parte, è necessaria ai fini della comprensione della reale portata del *soft law* all'interno del quadro istituzionale comunitario.

¹⁶¹ La dichiarazione continuava parlando dell'importanza della realizzazione della Comunità del carbone e dell'acciaio in quanto *“la gestione in comune della produzione di carbone e acciaio permetterà subito di elaborare le basi per lo sviluppo economico, primo passo nel processo europeo di federazione... Così si realizzerà, in modo semplice e rapido, quella condivisione di interessi che è indispensabile alla costituzione di un sistema economico comune; e questo sarà il lievito che svilupperà una comunità più ampia e più solida tra paesi a lungo contrapposti l'uno all'altro da sanguinarie divisioni. La gestione comune della produzione e l'istituzione di un'Alta Autorità le cui decisioni saranno vincolanti nei confronti della Francia, della Repubblica federale tedesca e degli altri stati-membri costituiranno le concrete fondamenta della federazione europea, che è indispensabile per il mantenimento dello stato di pace”*.

Ed invero, ciò che ci si propone di evidenziare è la natura ed il ruolo assolutamente peculiare che i numerosissimi strumenti di *soft law* rivestono nell'alveo delle dinamiche politiche, giuridiche ed istituzionali europee.

Il *soft law*, a nostro avviso, potrebbe rappresentare, per tutta una serie di motivazioni che a breve esplicheremo, il *law* per eccellenza dell'Unione europea nell'immediato futuro.

Il diritto attenuato può davvero essere la più ampia e completa manifestazione di un nuovo quadro giuridico del quale l'Unione deve necessariamente dotarsi per far fronte alle attuali e sempre più complesse problematiche che ne sbarrano il passo.

Il futuro allargamento dell'Europa a 27 Stati membri¹⁶², ad esempio, rappresenta una delle varie tematiche da affrontare, in quanto creerà una sempre maggiori difficoltà nel raggiungimento dei quorum previsti per le votazioni in sede di Consiglio Europeo.

Difficoltà che si acuirà necessariamente nei settori dominati ancora da dinamiche decisionali, fondate su retaggi culturali di natura intergovernamentale, che richiedono ancora il voto all'unanimità, quali la politica Estera e di Sicurezza Comune e la Giustizia ed Affari Interni dei titoli V e VI del Trattato sull'Unione Europea¹⁶³.

Ciò che è necessario, allora, preliminarmente, sottolineare è che il diritto attenuato, definito dallo stesso Parlamento Europeo come *droit à statut incertain*¹⁶⁴, assume nell'ambito dell'Istituzione Unione Europea delle caratteristiche peculiari che lo differenziano dal *soft law* di natura statale o puramente internazionale in relazione ai suoi elementi strutturali, alla funzione svolta, al rapporto con il sistema delle fonti ed al rapporto con la ripartizione dei poteri e delle competenze degli Organi che potremmo definire di "natura costituzionale".

2.2. D'altra parte, a ben vedere, l'utilizzo di strumenti di diritto morbido non rappresenta certamente una novità nell'ambito dell'azione politico-giuridica comunitaria.

¹⁶² Il primo gennaio 2007 entreranno a far parte dell'Unione Europea anche la Bulgaria e la Romania.

¹⁶³ Una soluzione in tal senso è stata già individuata e realizzata nel Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, mediante la eliminazione della struttura a pilastri del Trattato, sottoponendo così tutte le politiche dell'Unione ad un'unica identica *méthode communautaire* di elaborazione della normativa comunitaria.

¹⁶⁴ Agence Europe, 14 may 1997, n. 6973, pag. 12; Agence Europe, 21-22 dicembre 1998, n. 7369, pag. 13.

Il suo primo intervento, secondo parte della dottrina, risale ai primi anni di vita della Comunità Economica Europea, quando furono adottate le c.d. “*Christmas Communications*”¹⁶⁵.

Ma ciò che caratterizza, in modo inequivocabile l’importanza degli strumenti giuridici considerati comunemente espressione di *soft law*, è il loro essere direttamente ed espressamente menzionati nella norma cardine – che potremmo definire – sulla produzione del Trattato sull’Unione Europea.

Ed invero, l’articolo 249 TCE, già articolo 189 TCEE, chiaramente inserisce tra gli strumenti deputati a produrre diritto nella Comunità le *Raccomandazioni* ed i *Pareri*, ai quali non attribuisce alcun tipo di forza giuridica vincolante.

Il potere di adottare tali atti è riconosciuto, data la natura espressamente non *contraignante*, a tutte le istituzioni comunitarie. Fermo restando che, come sostiene la dottrina più sensibile¹⁶⁶ un ruolo privilegiato è riconosciuto alla Commissione, che, conformemente all’articolo 211 TCE, formula *raccomandazioni* e *pareri* nei settori definiti dal trattato, sia quando quest’ultimo lo preveda, sia quando la stessa lo ritenga necessario.

La differenza tra i due atti è sottile. In linea generale, si ritiene che le raccomandazioni siano delle esortazioni rivolte agli Stati membri contenenti l’invito a conformarsi ad un determinato comportamento, mentre invece i pareri sembrano costituire degli strumenti mediante i quali le istituzioni manifestano alla Comunità il loro punto di vista e il loro orientamento su una particolare materia.

Ciò che caratterizza questi due atti è l’assenza di forza vincolante. Ma tanto non impedisce loro, comunque, di esplicare alcuni effetti pratici concreti.

A tale riguardo, è di assoluto interesse dogmatico l’orientamento giurisprudenziale assunto dalla Corte di giustizia, la quale, in occasione di un rinvio pregiudiziale ai sensi dell’articolo 234 TCE, ha avuto modo di chiarire che le *raccomandazioni* adottate dalle istituzioni comunitarie non

¹⁶⁵ Notice on exclusive dealing constructs with commercial agents, OJ 1962, 139/2921; e Notice on patent licensing agreements, OJ 1962, 139/2922.

¹⁶⁶ Si veda, tra gli altri, Tesauto G., Diritto Comunitario, II Ed., Cedam, Padova, 2001, pag. 121-122.

possono, in ogni caso, essere considerate del tutto prive di ogni e qualsivoglia effetto giuridico.

La Corte, invero, nel caso Grimaldi¹⁶⁷, ha affermato che i giudici nazionali sono tenuti a tener conto anche della lettera degli atti non vincolanti comunitari, quantomeno ai fini di una corretta e attuale interpretazione di norme nazionali o di regole comunitarie vincolanti direttamente applicabili in diritto interno.

Ciò che colpisce, dunque, è la espressa previsione nel Trattato costitutivo della possibilità che le Istituzioni comunitarie titolari del *potere legislativo hard*, da esercitare mediante dinamiche complesse che costituiscono la *méthode communautaire* di produzione normativa, si avvalgano in determinate circostanze non tassativamente considerate di strumenti di natura atipica per condurre la propria azione a *mi-chemin* tra espressione politica ed elaborazione giuridica.

Potere che, come visto, non compare in nessuno Stato nazione, né tantomeno in alcuna Organizzazione Internazionale.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, riteniamo indispensabile, allora, prima di affrontare nello specifico l'analisi del *soft law*, evidenziare – sia pur in maniera assolutamente esemplificativa – quelle che sono le caratteristiche peculiari dell'Unione Europea tanto in relazione alla sua qualità di attore della scena internazionale, quanto in rapporto alla sua organizzazione istituzionale interna in materia di potestà legislativa.

3. La specificità dell'Unione¹⁶⁸

3.1. Le Comunità Europee trovano la loro origine storica in Trattati di diritto internazionale, fondati, dunque, sulla comune volontà delle parti contrattanti.

¹⁶⁷ Causa n. 322/88, sentenza 13 dicembre 1989, *Racc.* pag. 4407, punto 18.

¹⁶⁸ L'espressione è stata magistralmente utilizzata da J.Jacque, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Dalloz, Paris, 2004, pag. 44.

D'altra parte, l'ordinamento comunitario ha conosciuto un imprevedibile ed inarrestabile processo di evoluzione che ne ha modificato radicalmente i tratti costitutivi iniziali sulla scia, però, di quello che era il progetto iniziale dei padri fondatori dell'Europa, la realizzazione di una nuova forma di unione non solo economica ma anche e soprattutto politica tra i vari Stati del Continente.

Tale trasformazione ha avuto nell'azione della Corte di Giustizia il suo fulcro propulsore.

A tal proposito, invero, se possiamo pienamente condividere che “*la storia della Corte di Giustizia è strettamente legata al processo di integrazione europea*”¹⁶⁹, è altrettanto vero che la storia dell'integrazione europea è legata in maniera indissolubile al lungimirante ed accorto operato della Corte stessa.

La sua giurisprudenza ha consentito di fissare dei principi fondamentali in materia di rapporto tra Ordinamento statale e comunitario, giungendo a configurare tale relazione in maniera non molto differente da quella propria delle strutture statali federali.

Tale complessa evoluzione è stata considerata dalla dottrina maggioritaria alla stregua di un vero e proprio “*processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento comunitario*”¹⁷⁰.

Alcuni autori sostengono che siano cinque i principi determinanti ai fini della evoluzione della Comunità.

3.1.1. A tal proposito essi richiamano il *principio dell'effetto diretto*¹⁷¹ ed il *principio di supremazia*¹⁷² che, in combinazione con il primo, fa delle norme comunitarie il c.d. *higher law* di tutto l'ordinamento comunitario, ivi comprese anche le legislazioni nazionali.

¹⁶⁹ Si legga A.Tizzano, in *La Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, E.Jovene, Napoli, 1967, pag. 17, il quale richiama, inoltre, per una storia delle istituzioni comunitarie Monaco, *Premessa storico-diplomatica*, in Commentario CEE, pag. 1, e Pinto, *Organisations européennes*, Paris, 1965.

¹⁷⁰ Si legga, in tal senso, Cartaria M., Weiler J.H.H., *L'Italia in Europa profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2000, pag. 74, i quali utilizzano il termine “costituzionalizzazione” per indicare che la maggioranza dei principi che regolano i rapporti tra la Comunità ed i suoi Stati membri si richiamano più a quelli di un ordinamento statale di tipo federale, che non a quelli di un'organizzazione internazionale. Ciò non implica, tuttavia, che la Comunità sia dotata di una Costituzione, emanata da un potere costituente e dotata del valore che le Costituzioni hanno negli Stati. Sul punto, del resto, gran parte della dottrina continua a stabilire un legame inscindibile tra la nozione di Stato e quella di Costituzione. Basti citare, ad esempio, O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, P.U.F., 1994, pag. 208, il quale scriveva che « *la constitution comme norme suprême pré suppose l'Etat* ».

¹⁷¹ Si legga la nota Sentenza della Corte di Giustizia *Van Gend en Loos*, del 5 febbraio 1963, Causa 26/62, Rac. pag. 23.

¹⁷² Celebre è la Sentenza della Corte di Giustizia *Costa c./Enel*, del 15 luglio 1964, Causa 6/64, Rac. pag. 1141.

3.1.2. Ma ancora tale dottrina evidenzia la portata rivoluzionaria della teoria dei *poteri impliciti*¹⁷³ riconosciuti alla Comunità per adempiere agli obiettivi programmatici che sebbene indicati nel Trattato risultavano tuttavia irraggiungibili a causa della mancata previsione di adeguati specifici poteri.

Il ricorso a tale teoria si è sviluppato soprattutto nel settore delle Relazioni esterne, ed in particolar modo in relazione al potere della Comunità di concludere accordi internazionali e stipulare trattati, al fine di affermare e di riconoscere quel “parallelismo tra competenze esterne ed interne” che conduce ad attribuire alla Comunità stessa un potere implicito di negoziazione internazionale laddove essa è dotata di una competenza nel quadro dell’ordinamento interno.

3.1.3. Un ulteriore elemento di sviluppo atipico dell’Europa in relazione alle Organizzazioni internazionali di stampo tradizionale è stato rappresentato dal riconoscimento del valore giuridico vincolante ai *diritti fondamentali dell’uomo*.

La Corte, invero, mediante un’interpretazione creativa del Trattato ha svolto un’azione tipica di una Corte Costituzionale nazionale.

I Trattati comunitari non contenevano, all’origine, alcuna disposizione generale relativa al rispetto dei diritti fondamentali. La spiegazione è semplice, ed è da rinvenire nella natura economica dei Trattati iniziali di Parigi e di Roma.

Gli autori di tali Trattati costitutivi ritenevano che non potesse verificarsi il rischio di interferenze tra la legislazione comunitaria, di natura quasi esclusivamente economico-commerciale, e i diritti dell’uomo.

L’esperienza pratica ha mostrato, però, che tale valutazione fosse profondamente erranea.

A tal riguardo basti ricordare la vicenda, sottoposta al giudizio della Corte in via

¹⁷³ La Corte di Giustizia ha richiamato tale principio, frutto di una interpretazione sistematica dello spirito del Trattato, nella Sentenza *Repubblica italiana c./Alta Autorità*, del 15 luglio 1960, Causa 20/59, Rac. 663, laddove, in una controversia concernente problematiche della CEECA, si dice espressamente che “*la doctrine et la jurisprudence sont d’accord pour admettre que les règles établies par un Traité impliquent que les normes sans lesquelles ces règles ne peuvent pas être appliquées utilement ou raisonnablement*”. Bisognerà attendere la famosa giurisprudenza AETR per assistere alla consacrazione del medesimo principio anche nel quadro della CE. La Sentenza *Commissione c./Consiglio*, del 31 marzo 1971, Causa 22/70, Rac. pag. 263, infatti ha chiaramente affermato che la competenza della Comunità a concludere accordi internazionali in materia di trasporti “*résulte non seulement d’une attribution explicite par le traité...mais peut découler également d’autres dispositions du Traité et d’actes pris, dans le cadre de ses dispositions, par les institutions de la Communauté*”.

pregiudiziale, concernente la legittimità comunitaria di una misura normativa irlandese che impediva la diffusione di ogni informazione sulle condizioni alle quali le cliniche di altri Stati membri – nel caso di specie il Regno Unito – praticavano in maniera legale l'aborto. I Giudici hanno considerato che la vicenda potesse essere analizzata e la controversia risolta applicando le norme comunitarie in materia di libera prestazione di servizio, creando in tal modo una analisi comparativa di un interesse di natura economico e di un diritto fondamentale, quale il diritto alla vita.

Insomma, le ragioni legate all'integrazione dei mercati europei potevano e possono configgere in taluni casi con esigenze di tipo differente, quali la protezione e la tutela di diritti inalienabili della persona umana¹⁷⁴.

In mancanza, allora, di disposizioni dei Trattati, la Corte si trovò ad essere chiamata a risolvere un problema pratico che si poneva soprattutto innanzi alle giurisdizioni nazionali costituzionali¹⁷⁵.

Si trattava di comprendere se effettivamente l'integrazione europea doveva accompagnarsi ad un indebolimento della protezione dei diritti fondamentali dei cittadini.

La Corte di giustizia, allora, ha sviluppato una giurisprudenza di grande rilievo mediante la quale si è affermato che i diritti fondamentali fanno parte del diritto comunitario quali principi generali di diritto, ispirati dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri¹⁷⁶.

3.1.4. L'ultimo principio, in ordine di tempo, che si è andato affermando nell'ordinamento

¹⁷⁴ Sentenza della Corte di Giustizia, *Society for the protection of the UnBorn Children c./ Grogan et autres*, del 4 ottobre 1991, Causa 159/90, Rac. I, pag. 4685.

¹⁷⁵ La Corte Costituzionale che per prima sollevò la problematica fu quella Tedesca, con una Sentenza del 10 ottobre 1967, VVerfGE, 22 pag. 293, e la celebre Sentenza *Solange I*, del 29 ottobre 1974, BverfGE 37, pag. 271; ma altrettanto sensibile fu la Corte Costituzionale Italiana, Sentenza *Frontini e Pozzani*, del 27 dicembre 1973 e Sentenza *Granital*, dell'8 giugno 1984.

¹⁷⁶ La Corte di Giustizia, per la prima volta si pronunciò in tal senso nella Sentenza *Stauder*, del 12 novembre 1969, Causa 29/69, Rac. pag. 419. In seguito, è di notevole interesse la Sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, del 17 dicembre 1970, Causa 11/70, Rac. pag. 1125. La Corte, poi, è tornata più di recente sulla tematica dei diritti dell'uomo, nel Parere del 28 marzo 1996, Causa 2/94, Rac. I, pag. 1759, dove si è espressa in questi termini : « *Les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont le juge communautaire assure le respect. A cet égard, le juge communautaire s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré. Dans ce cadre, la Convention européenne des droits de l'homme à laquelle il est, notamment, fait référence dans l'article F, paragraphe 2 du traité sur l'Union européenne, revêt une importance considérable* ».

comunitario grazie all'opera della Corte è stato quello del riconoscimento della *responsabilità dello Stato* in caso di violazione di obblighi imposti dal diritto comunitario.

La Corte di giustizia nelle sue Sentenze *Van gend & Loos* e *Costa/Enel* ha affermato che l'ordine giuridico comunitario è un nuovo ordine giuridico integrato e unitario che è, quindi, destinato a generare dei diritti direttamente a favore dei privati cittadini.

Questo riconoscimento diretto dei diritti in capo dei privati cittadini ha implicato, però, la necessità di prevedere e di creare un regime di protezione di questi stessi diritti, mediante degli strumenti giuridici adeguati.

A questo proposito, il trattato CE ha esplicitamente previsto una vera e propria responsabilità extracontrattuale della Comunità nei confronti dei cittadini, mentre non è previsto nulla per quanto riguarda il regime di responsabilità degli Stati membri nei confronti dei cittadini.

Così, la Corte è stata chiamata a dare una risposta ad una esigenza di protezione dei privati cittadini nel quadro di un sistema giuridico integrato che presentava una mancanza molto evidente e molto pericolosa per i cittadini.

La Corte ha utilizzato il suo rapporto privilegiato con i giudici nazionali per cercare di assicurare la maggiore efficacia ed effettività dell'applicazione delle disposizioni del diritto comunitario quando esse si trovano eventualmente in conflitto con le normative nazionali.

Molte volte, la Corte ha sentenziato il principio di primato del diritto comunitario e il suo effetto diretto nei confronti delle legislazioni nazionali.

Tuttavia, questi principi non permettevano di dare una protezione adeguata e completa ai diritti derivati dalle disposizioni comunitarie, soprattutto nelle ipotesi delle norme che non erano direttamente applicabili.

Per dare una soluzione a tutte queste problematiche, la Corte ha sviluppato l'idea della necessità di sanzionare lo Stato nel caso in cui è colpevole di un misconoscimento del diritto comunitario.

È sempre più evidente, infatti, che il principio della responsabilità si riallaccia in “*modo*

*intimo alla struttura dell'ordine giuridico comunitario e al ruolo incombente del giudice nazionale al fine di assicurare il rispetto di questo ordine nella sfera del diritto interno*¹⁷⁷”.

La Corte, per la prima volta nel 1960, nel caso Humblet, riconosce espressamente il principio di responsabilità degli Stati in caso di violazione del diritto comunitario; tuttavia il passaggio della sentenza è rimasto a lungo inosservato.

Soltanto nella sentenza Francovich¹⁷⁸ la Corte enuncia espressamente il principio della responsabilità della potenza pubblica nazionale affermando che “*il principio della responsabilità dello Stato per i danni causati ai privati cittadini dalla violazione del diritto comunitario che gli sono imputabili è inerente al sistema del trattato*”¹⁷⁹

La Corte, dunque, ha chiaramente sostenuto che il principio della responsabilità fa parte dell'ordine giuridico comunitario nella sua essenza.

3.2. Altri autori, pur concordando sull'utilizzo del concetto di *costituzionalizzazione* nei termini sopra indicati, sottolineano, però, l'importanza determinante di altre caratteristiche peculiari che fanno dell'Unione Europea un'organizzazione indiscutibilmente irriducibile nell'alveo degli schemi della classica organizzazione di diritto internazionale.

A tal riguardo, J.P.Jacque sottolinea che, se una « *révision coutumière de la Charte des Nations unies était possible, la Cour de justice des Communautés, pour sa part, écarte la coutume pour se retenir que le recours à la seule procédure de révision prévue par les traités* ».

In altri termini, uno degli elementi peculiari della Comunità è la impossibilità di revisione consuetudinaria dei Trattati Istitutivi, per la realizzazione della quale è necessario seguire la specifica procedura prevista¹⁸⁰.

Ed ancora, assolutamente peculiare è l'organizzazione del sistema delle competenze, nei

¹⁷⁷ Vedere G. Vandersanden, *Le droit communautaire*, nel “*La responsabilité des Etats Membres en cas de violation du droit communautaire*”, M.Vandersanden e M.me dony, Bruylant, 1997, p.15.

¹⁷⁸ Sentenza del 19 novembre 1991, Causa C-6/90 e C-9/90, Racc., p. I-5357

¹⁷⁹ Sentenza citata *supra*, punto 35.

¹⁸⁰ Si legga, in tal senso, la Sentenza della Corte di Giustizia *Royaume-Uni de Grande Bretagne et Irlande du Nord c/. Conseil*, del 23 febbraio 1988, Causa 68/86, Racc. pag. 855.

confronti del quale non può ritenersi assolutamente applicabile la regola della *caducità*, in quanto l'ordinamento comunitario ha istituito « *une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement des pouvoirs déels issus d'une limitation définitive de compétences ou d'un transfert d'attributions des Etats à la Communauté...* »¹⁸¹.

Così come, infine, non trova applicazione il principio della *reciprocità*, conosciuto con la formula de l'*exceptio non adimpleti contractus*, ragion per cui uno Stato non potrà validamente invocare il mancato rispetto del Trattato al fine di non adempiere ai propri obblighi comunitari¹⁸².

Insomma, tale dottrina sottolinea con ancora maggior vigore la netta differenza che emerge tra l'Unione Europea ed un'Organizzazione internazionale tradizionale, sostenendo che la visione internazionalista spiega sicuramente l'origine delle Comunità, ma non rappresenta più ormai la chiave di lettura adeguata per comprendere il funzionamento, le dinamiche profonde e la struttura istituzionale dell'Europa attuale¹⁸³.

4. La natura dell'Unione

La questione della natura giuridica dell'Unione è, certamente, uno dei punti di maggiore difficoltà in dottrina.

Al riguardo, se è assolutamente vero che non possiamo più paragonare l'Unione ad un'Organizzazione internazionale *tout court*, è altrettanto vero che non possiamo certamente

¹⁸¹ Sentenza *Costa/Enel*, supra cit.

¹⁸² Si veda, al riguardo, la Sentenza della Corte di Giustizia, *Commission c/. Gran Duché de Luxembourg et d Royaume de Belgique*, del 13 novembre 1964, Cause 90 e 91/63, Rac. pag. 1217.

¹⁸³ Questo processo di *costituzionalizzazione* dei Trattati istitutivi delle Comunità Europee, d'altra parte, è stato chiaramente descritto dalla stessa Corte di Giustizia, la quale, nel suo primo Avviso sullo spazio economico europeo, si è espressa in questi termini : « *le traité CEE, bien que conclu sous la forme d'un accord international n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une Communauté de droit...Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, les traités communautaires ont institué un nouvel ordre juridique au profit duquel les Etats ont limité, dans des domaines les plus étendues, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants* » , Avviso 1/91, del 14 dicembre 1991, Rac. Pag. I-6079.

considerarla alla stessa stregua di uno Stato nazionale sovrano.

Lo Stato, inteso come “ordinamento giuridico originario a fini generali ad a base territoriale, dotato di un apparato autoritario posto in posizione di supremazia”¹⁸⁴, si caratterizza per la presenza di un territorio, un popolo, e un potere sovrano.

4.1. Per quanto concerne il primo elemento, l’Unione non possiede un territorio proprio esclusivo, ma i Trattati hanno soltanto individuato un campo di applicazione territoriale delle proprie norme che si estende, con piccole eccezioni, al territorio degli Stati membri¹⁸⁵.

L’estensione del territorio dell’Unione, dunque, segue e si adatta automaticamente alle modificazioni territoriali degli Stati.

Con l’ulteriore conseguenza che l’Unione non può autonomamente decidere dell’estensione campo di applicazione territoriale del proprio ordinamento, in quanto “*elle n’a pas la maîtrise de ses frontières*”.

4.2. Il secondo elemento è costituito dall’esistenza di un popolo, inteso come *comunità di tutti coloro ai quali l’ordinamento giuridico statale assegna lo status di cittadino*¹⁸⁶.

I Trattati istitutivi originari hanno senza dubbio fatto riferimento, seppur indiretto, alla nozione di cittadini in senso lato per considerarli diretti destinatari delle norme comunitarie.

Il Trattato di Maastricht ha rinforzato la distinzione tra destinatari di norme e cittadini dell’Unione, introducendo una disposizione nuova, contenuta nell’articolo 17, che sembra istituire una vera e propria cittadinanza dell’Unione.

In realtà, a ben vedere, tale norma non crea un autonomo meccanismo di acquisizione della cittadinanza “europea”, ma istituisce una cittadinanza dell’Unione che sorge in capo ai cittadini degli Stati membri, aggiungendosi e sommandosi a quest’ultima, che non viene ovviamente assolutamente sostituita.

Insomma non esiste un meccanismo autonomo di acquisizione di una nuova ed esclusiva

¹⁸⁴ T. Martines, *op.cit.*, pag. 156.

¹⁸⁵ Articolo 299 TCE

¹⁸⁶ T.Martines, *op. cit.*, pag. 178, il quale inoltre ritiene indispensabile, per poter effettivamente parlare di Stato, che tra i suoi cittadini esista l’*idem sentire de re publica*.

cittadinanza “europea”.

Gli Stati continuano ad essere titolari della legislazione sulla cittadinanza.

4.3. Il terzo elemento costitutivo di uno Stato è la presenza di un'autorità sovrana che si collochi, al suo interno, in posizione di supremazia rispetto ad altri ordinamenti minori.

Il fenomeno europeo, pone delle profonde difficoltà interpretative di tale requisito.

Ed invero, tale sovranità degli Stati membri è limitata, in quanto in alcuni settori essi hanno attribuito in via definitiva determinate competenze normative ed esecutive all'Unione.

Ma lo stesso vale per l'Unione, la quale non può agire che nel rispetto delle competenze che le sono state attribuite. Gli Stati membri, infatti, hanno acconsentito a dei trasferimenti di competenze in campi specifici della vita sociale.

L'Unione, dunque, non dispone di un autonomo potere sovrano nel senso di originario ed indipendente, ma si avvale di un potere attribuitole comunque in via definitiva in numerosi ambiti di materie, e tale da portare « *atteint aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* »¹⁸⁷.

Gli Stati membri e l'Unione, dunque, si trovano in una situazione di vera e propria ripartizione della sovranità, con buona pace della dottrina tradizionale classicamente sostenitrice del teorema della indivisibilità della sovranità.

La verità è che l'Unione europea rappresenta davvero un Organismo istituzionale *sui generis* difficilmente riconducibile nei tradizionali schemi di analisi e classificazione degli attori del mondo giuridico contemporaneo.

Alla luce di tali considerazioni, dubbi sussistono sulla qualificazione giuridica più appropriata dell'Unione.

Alcuni autori tendono a considerarla realmente come un insieme di tipo federale¹⁸⁸, altri

¹⁸⁷ Conseil Constitutionnel français, Décision n. 92-308 DC, del 9 aprile 1992.

¹⁸⁸ Si legga, Costantinesco, *Vers quelle Europe, Europe fédérale, confédération européenne, fédération d'Etats-Nations*, Les Cahiers français, 2000, n. 298, pag. 80.

invece più semplicemente come un'associazione di Stati (*Staatenverbund*)¹⁸⁹.

Probabilmente, la definizione più appropriata è quella utilizzata da J.P. Jacque, il quale sostiene che “*l'Union est une union d'Etats et des peuples*”¹⁹⁰ da considerarsi come una forma di organizzazione indiscutibilmente federale.

È del tutto evidente, allora, a conclusione di tale analisi sulla peculiarità della natura dell'Unione, che le problematiche legate alla presenza ed all'utilizzo del *soft law* nell'ordinamento giuridico comunitario sono profondamente diverse da quelle che caratterizzano la sua vigenza nelle Organizzazioni Internazionali classiche e negli Stati nazione sovrani.

Lo studio e l'approfondimento di nuove forme di giuridicità attenuata non possono non tenere in debito conto quelle che sono le caratteristiche proprie della struttura istituzionale dell'Unione Europea.

Solo in tal modo si può realmente comprendere che il ruolo ricoperto dal *diritto morbido comunitario* ha un impatto più dirompente di quello che abbiamo analizzato nella prima parte del lavoro.

Ci sono realmente le basi per poter parlare di un nuovo modo di produrre diritto tagliato su misura per una Organizzazione istituzionale che rappresenta un nuovo modo di organizzare i rapporti politici e giuridici tra gli Stati europei, l'Unione Europea.

5. *European democratic legitimation*

L'analisi del ruolo che il *soft law* ricopre nel contesto giuridico comunitario e del suo impatto nel quadro di tale peculiare ordinamento, tuttavia, comporta la necessità di approfondire il significato che il principio di democrazia ed il *rule of law* assumono nell'Unione Europea.

¹⁸⁹ Si analizzi, in tale direzione, anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale Tedesca, quale emerge ad esempio nella Sentenza del 12 ottobre 1993.

¹⁹⁰ *Op. cit.*, pag.92.

Nella Dichiarazione sull'identità europea adottata dalla conferenza dei Capi di Stato e di Governo a Copenaghen, il 14 dicembre 1973, gli Stati membri « *désireux d'assurer le respect des valeurs d'ordre juridique, politique et moral auxquelles ils sont attachés, soucieux de préserver la riche variété de leurs culture nationales, partageant une même conception de la vie, fondée sur la volonté de bâtir une société conçue et réalisée au service des hommes...entendent sauvegarder les principes de la démocratie représentative, du règne de la loi, de la justice sociale – finalité du progrès économique – et du respect des droits de l'homme, qui constituent des éléments fondamentaux de l'identité européenne* ».

I valori fondanti l'identità europea sono dunque individuati nel rispetto della diversità culturale, nella promozione della giustizia sociale, nel rispetto dei diritti dell'uomo, e soprattutto nel principio di democrazia e dello Stato di diritto.

Il principio di democrazia, in particolare, è riconosciuto in diritto comunitario nella espressione della democrazia rappresentativa, intesa nel senso di diritto dei cittadini di partecipare alla gestione della *res publica* a mezzo di propri rappresentanti eletti.

Tale principio, del resto, aveva trovato una collocazione assolutamente residuale nei Trattati istitutivi. La legittimità democratica del sistema era assicurata soltanto dalla possibilità di controllo dell'azione dei governi statali da parte dei rispettivi Parlamenti nazionali.

Il Parlamento Europeo non disponeva che di un limitato potere di controllo sull'operato della Commissione e di un limitatissimo e residuale potere legislativo consistente nella partecipazione alla procedura c.d. di consultazione, nell'ambito della quale il Consiglio era obbligato a consultare il Parlamento, senza però che tale parere rappresentasse un vincolo alla futura scelta normativa.

L'evoluzione costituzionale ha consacrato l'ampliamento dei poteri del Parlamento.

Quest'ultimo ha assunto attualmente un ruolo determinante nell'ambito della procedura budgetaria, ai sensi dell'articolo 276 TCE¹⁹¹, e svolge, altresì, un compito di effettivo controllo

¹⁹¹ L'articolo prescrive che : 1. Il Parlamento europeo, su raccomandazione del Consiglio che delibera a maggioranza

politico nei confronti dell'operato della Commissione.

A tal proposito, è noto che il Parlamento elegge il Presidente ed i Commissari, ma ha a sua disposizione anche il potere di censurare l'operato della Commissione, mediante lo strumento della *mozione di censura*, ai sensi dell'articolo 201 TCE¹⁹².

Ma ciò che più ha caratterizzato l'evoluzione del ruolo del Parlamento europeo è stata l'attribuzione di sempre più ampi ed incisivi poteri nell'ambito del c.d. *decision-making process*.

Ed invero, il Trattato di Amsterdam ha istituito, accanto alle procedure di consultazione, concertazione, cooperazione e parere conforme, la innovativa e rivoluzionaria procedura di *codecisione*, ai sensi dell'articolo 251 TCE, che consente al Parlamento di partecipare, in determinate materie, al procedimento di elaborazione legislativa in posizione di assoluta parità con il Consiglio.

Insomma, la procedura di codecisione ha introdotto nel quadro istituzionale comunitario una sorta di *bicameralismo funzionale perfetto* in alcuni settori specifici¹⁹³.

La Corte di Giustizia, dal canto suo, ha sviluppato una determinante giurisprudenza volta ad

qualificata, dà atto alla Commissione dell'esecuzione del bilancio. A tale scopo esso esamina, successivamente al Consiglio, i conti e il bilancio finanziario di cui all'articolo 275, la relazione annua della Corte dei conti, accompagnata dalle risposte delle istituzioni controllate alle osservazioni della Corte stessa, la dichiarazione di affidabilità di cui all'articolo 248, paragrafo 1, secondo comma, nonché le pertinenti relazioni speciali della Corte.

2. Prima di dare atto alla Commissione, o per qualsiasi altro fine nel quadro dell'esercizio delle attribuzioni di quest'ultima in materia di esecuzione del bilancio, il Parlamento europeo può chiedere di ascoltare la Commissione sull'esecuzione delle spese o sul funzionamento dei sistemi di controllo finanziario. La Commissione fornisce al Parlamento europeo, su richiesta di quest'ultimo, tutte le informazioni necessarie.

3. La Commissione compie tutti i passi necessari per dar seguito alle osservazioni che accompagnano le decisioni di scarico ed alle altre osservazioni del Parlamento europeo concernenti l'esecuzione delle spese, nonché alle osservazioni annesse alle raccomandazioni di scarico adottate dal Consiglio. La Commissione, su richiesta del Parlamento europeo o del Consiglio, sottopone relazioni in merito alle misure adottate sulla scorta di tali osservazioni e in particolare alle istruzioni impartite ai servizi incaricati dell'esecuzione del bilancio. Dette relazioni sono trasmesse altresì alla Corte dei conti.

¹⁹² Ai sensi di tale norma : *Il Parlamento europeo, cui sia presentata una mozione di censura sull'operato della Commissione, non può pronunciarsi su tale mozione prima che siano trascorsi almeno tre giorni dal suo deposito e con scrutinio pubblico.*

Se la mozione di censura è approvata a maggioranza di due terzi dei voti espressi e a maggioranza dei membri che compongono il Parlamento europeo i membri della Commissione devono abbandonare collettivamente le loro funzioni. Essi continuano a curare gli affari di ordinaria amministrazione fino alla loro sostituzione conformemente all'articolo 214. In questo caso, il mandato dei membri della Commissione nominati per sostituirli scade alla data in cui sarebbe scaduto il mandato dei membri della Commissione costretti a dimettersi collettivamente.

¹⁹³ Tra questi settori, ricordiamo, tra gli altri, la libera circolazione dei lavoratori dipendenti, ex articolo 40 TCE, il diritto di stabilimento, ex articolo 41 TCE, il riconoscimento reciproco dei diplomi, ex articolo 47 TCE, il ravvicinamento delle legislazioni in ordine al mercato interno, ex articolo 95 TCE, l'istruzione, ex articolo 149 n. 4 e la protezione dei consumatori, ex articolo 153 TCE.

attribuire un peso sempre maggiore e determinante al Parlamento Europeo nel quadro dell'architettura costituzionale comunitaria.

In primo luogo, la Corte ha tutelato con forza la necessità dell'effettiva partecipazione del Parlamento alla procedura legislativa. In tal senso si è affermato che, nel quadro delle procedure di consultazione, quest'ultimo debba essere messo in grado di esprimere concretamente e in maniera non fittizia il proprio parere sul progetto legislativo presentato dalla Commissione al Consiglio¹⁹⁴.

La Corte ha inteso, in altri termini, salvaguardare il principio fondamentale dell'*équilibre istituzionale* che rappresenta il *trait d'union* tra il *rule of law* ed rispetto del principio di democrazia.

In secondo luogo, i giudici hanno riconosciuto la necessità che il Parlamento, nonostante il silenzio dei Trattati al riguardo, potesse avere a sua disposizione la possibilità di adire la Corte in caso di violazione e menomazione delle proprie competenze ad opera di altre istituzioni delle Comunità, al fine di tutelare le proprie prerogative¹⁹⁵.

6. I principi propri dell'azione legislativa

6.1. Il principio di democrazia, d'altra parte, non è stato considerato solo come valore di natura politico-istituzionale, ma è stato elevato al rango di vero e proprio principio generale di diritto.

A tal riguardo, è assolutamente significativa l'azione della Corte, la quale ha sviluppato una

¹⁹⁴ La Corte, nella Causa 138 e 139/79, *Roquette frères et Maizena c/. Conseil (Isoglucose)*, Rac. pag. 3333, ha affermato con vigore che « *La consultation est le moyen qui permet au Parlement de participer effectivement au processus législatif de la Communauté. Cette compétence représente un élément essentiel de l'équilibre institutionnel voulu par le traité...la consultation régulière du Parlement dans les cas prévus par le traité constitue dès lors une formalité substantielle dont le non-respect entraîne la nullité de l'acte concerné* ».

¹⁹⁵ I trattati originari non menzionavano, nell'articolo 173 (attuale articolo 230), il Parlamento tra le Istituzioni che potevano adire la Corte per l'annullamento di atti che potessero ledere la propria sfera di competenza. Tale circostanza corrispondeva ad una impostazione istituzionale nella quale il Parlamento era dotato di limitati e deboli poteri. La Corte, dopo un prima esitazione (Sentenza *Parlamento c./Consiglio*, del 27 settembre 1988, Causa 302/87, Rac. pag. 5615), ha finalmente riconosciuto al Parlamento il potere di proteggere le proprie attribuzioni, mediante l'impugnazione in sede giurisdizionale di atti invasivi o semplicemente lesivi delle competenze "costituzionali", « *à la condition que ce recours ne tende qu'à la sauvegarde de ses prérogative set qu'il ne se fonde que sur des moyens tirés de la violation de celles-ci* », Sentenza *Parlamento c./Consiglio (Tchernobyl)*, del 22 maggio 1990, Causa C-70/88, Rac. pag. I-2041.

giurisprudenza volta ad evidenziare la effettiva vigenza nell'ordinamento comunitario di un insieme di principi fortemente ed indissolubilmente legati al più generale valore della democrazia.

6.2. Di grande rilievo è la giurisprudenza della Corte sul *principio di trasparenza* dell'azione normativa ed amministrativa comunitaria.

A tal proposito, è stata importante la battaglia volta a garantire il diritto di accesso agli atti, poi recepito nell'articolo 255 del TCE¹⁹⁶ a seguito della riforma Amsterdam del 1997, ma appare altresì importante la conquista dell'obbligo di dare pubblicità agli atti produttivi di effetti giuridici esterni.

L'articolo 235, invero, afferma che gli adottati in codecisione siano sempre pubblicati nel *Giornale ufficiale delle Comunità europee*.

Ma l'articolo 17 del regolamento interno del Consiglio è andato oltre, allargando, in uno spirito di trasparenza, l'obbligo di pubblicazione a tutte le direttive e decisioni, nonché alle raccomandazioni e pareri, salvo decisione contraria del Consiglio o del Coreper.

Inoltre, l'articolo 1 del TUE, nella versione modificata dal Trattato di Amsterdam, prevede che le decisioni siano adottate « *dans le plus grand respect du principe d'ouverture* ».

Onde, il Parlamento e il Consiglio hanno, il 20 maggio 2001, adottato il regolamento CE n° 1049/2001 volto a garantire l'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento del Consiglio e della Commissione (GUCE, n° L 145 du 31 mai 2001).

6.3. Altresì significativa, d'altra parte, è la giurisprudenza relativa all'*obbligo di motivazione* degli atti amministrativi e legislativi.

¹⁹⁶ Il recente articolo 255 afferma che : 1. *Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma dei paragrafi 2 e 3.*
2. *I principi generali e le limitazioni a tutela di interessi pubblici o privati applicabili al diritto di accesso ai documenti sono stabiliti dal Consiglio, che delibera secondo la procedura di cui all'articolo 251 entro due anni dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam.*
3. *Ciascuna delle suddette istituzioni definisce nel proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l'accesso ai propri documenti.*

L'articolo 253 TCE introduce un obbligo generale di motivazione di tutti i provvedimenti comunitari¹⁹⁷. Lo scopo è quello di assolvere a ad una funzione di trasparenza nei confronti dei destinatari, e soprattutto di permettere alla Corte di esercitare, in caso di contestazione giurisdizionale, il proprio controllo di legittimità nelle migliori condizioni possibili.

La motivazione consente, dunque, di manifestare « *de façon claire et non équivoque le raisonnement de l'institution auteur de l'acte* »¹⁹⁸.

6.4. Presenta un grande interesse, inoltre l'attività della Corte in tema di *legittimo affidamento*, volta a tutelare le aspettative qualificate dei privati in caso di modifica del quadro normativo o regolamentare in vigore¹⁹⁹.

La protezione di tale principio rappresenta il fondamento di una particolare attenzione rivolta dalla Corte e spesso anche dal Legislatore al momento in cui consentire l'entrata in vigore degli atti comunitari, evitando di apporre date eccessivamente brevi rispetto alla loro pubblicazioni, nella piena consapevolezza che l'articolo 254 TCE²⁰⁰ statuisce che in mancanza di indicazioni particolari, gli atti entrano in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nel *Giornale Ufficiale*.

¹⁹⁷ L'articolo 253 così dispone : *I regolamenti, le direttive e le decisioni, adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio, nonché detti atti adottati dal Consiglio o dalla Commissione sono motivati e fanno riferimento alle proposte o ai pareri obbligatoriamente richiesti in esecuzione del presente trattato.*

¹⁹⁸ Corte di Giustizia, Sentenza *Belgio c/. Commissione*, del 29 febbraio 1996, Causa C-56/93, Rac. pag. I-723. La Corte ha, poi, ulteriormente, precisato che la motivazione deve figurare nell'atto stesso ed essere stata inserita dall'autore stesso dell'atto (Sentenza, *Commissione c/. Parlamento e Consiglio*, del 21 gennaio 2003, Causa C-378/00). Con l'ulteriore chiarimento che, qualora un interessato abbia partecipato alla procedura volta all'adozione dell'atto o del provvedimento in questione è sufficiente che la motivazione « *expose les faits et considérations juridiques revêtant une importance essentielle dans l'économie de la décision* » (Sentenza, *Asia Motor France c/. Commissione*, Causa T-387/94, Rac. pag. II-961). Ed ancora, la Corte ha sostenuto (Sentenza *Mandelli c/. Commission*, del 8 febbraio 1969, Causa 3/67, Rac., p. 35) che « *la motivation, d'une part, permet aux intéressés de comprendre la portée de la décision prise à leur égard et d'assurer la défense de leurs intérêts et, d'autre part, met le juge en mesure d'exercer le contrôle de légalité dans le cadre de l'article 173 en faveur des justiciables auxquels ce recours est ouvert* ».

¹⁹⁹ Si veda, al riguardo, Corte di Giustizia, Sentenze *Deuka*, del 18 marzo e 25 giugno 1975, Causa 78/74 e 5/75, Rac. pag. 421, 434, e 759; Sentenza *CNTA*, del 14 maggio 1975, Causa 74/74, Rac. pag. 533; Sentenza *Topfer*, del 3 maggio 1978, Causa 112/77, Rac. pag. 1019, nella quale la Corte a ribadito che il principio in questione « *fait partie de l'ordre juridique communautaire, de sorte que sa méconnaissance constituerait une violation du traité ou de toute règle de droit relative à son application* ».

²⁰⁰ Tale articolo dispone che : *1. I regolamenti, le direttive e le decisioni adottati in conformità della procedura di cui all'articolo 251 sono firmati dal presidente del Parlamento europeo e dal presidente del Consiglio e pubblicati nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee. Essi entrano in vigore alla data da essi stabilita ovvero, in mancanza di data, nel ventesimo giorno successivo alla loro pubblicazione.*

2. I regolamenti del Consiglio e della Commissione, nonché le direttive di queste istituzioni che sono rivolte a tutti gli Stati membri, sono pubblicati nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee. Essi entrano in vigore alla data da essi stabilita ovvero, in mancanza di data, nel ventesimo giorno successivo alla loro pubblicazione.

3. Le altre direttive e le decisioni sono notificate ai loro destinatari e hanno efficacia in virtù di tale notificazione.

E la stessa esigenza spinge a guardare con sospetto eventuali applicazioni retroattive di discipline normative, consentite solo qualora « *le but à atteindre l'exige et que la confiance légitime des intéressés est respectée* »²⁰¹.

6.5. Ed ancora, un ulteriore principio determinante nell'inquadramento dell'attività legislativa e regolamentare comunitario è senza dubbio quello della *certezza del diritto*, inteso come possibilità che ogni persona sia in condizione di conoscere le regole applicabili e possa basare i propri comportamenti su di esse²⁰².

Tutto ciò implica la necessità, innanzitutto, che la legislazione in vigore sia chiara e prevedibile²⁰³.

6.6. Strettamente legate a tali esigenze, sono le istanze espresse in dottrina in merito alla necessità di “*migliorare l'ambiente regolamentare*”, semplificando e rendendo più leggibile la legislazione comunitaria.

Il paradosso consiste nel fatto che gli sforzi volti a dettare delle direttrici in grado di cambiare la qualità redazionale della normativa comunitaria, si sono tradotti nell'emanazione di atti di *soft law* mediante i quali sono state manifestate in via meta-giuridica le volontà concordi delle Istituzioni.

Già nel 1993, infatti, il Consiglio ha adottato una *risoluzione* concernente la qualità redazionale della legislazione comunitaria.

Una dichiarazione annessa all'Atto finale di Amsterdam, poi, invitava il Parlamento, il Consiglio e la Commissione a statuire in un comune accordo le *linee direttrici* sulla qualità della

²⁰¹ Corte di Giustizia, Sentenza *Rack c/. Hauptzollamt Mainz*, del 25 gennaio 1979, Causa 98/78, Rac. pag. 69.

²⁰² Sul tema si propone la lettura di A. Gardino, *Il principio della “certezza del diritto” nell'ordinamento interno e comunitario: le Corti di Roma e Lussemburgo a confronto*, in *Il diritto costituzionale comune europeo*, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2002, Tomo I, pag. 133 e sgg.

²⁰³ Tribunale di Primo Grado, Sentenza *Opel Austria c/. Consiglio*, del 22 gennaio 1997, T-155/94, Rac. pag. II-39, il quale ha chiaramente affermato che « *Le principe de sécurité juridique exige que la législation communautaire soit certaine et son application prévisible et que tout acte communautaire qui produit des effets juridiques soit clair, précis, et porté à la connaissance de l'Intéressé de telle manière que celui-ci puisse connaître avec certitude le moment à partir duquel ledit acte existe et commence à produire des effets juridiques* ».

tecnica legislativa.

Un accordo interistituzionale, firmato il 22 dicembre 1998, dava seguito a tale invito fissando un decalogo dettagliato delle regole da rispettare nel quadro dell'attività di redazione di norme giuridiche.

Ma tale esigenza continua tutt'ora ad essere avvertita con grande forza, a tal punto che la Commissione, in data 5 giugno 2002 ha emanato una ulteriore comunicazione volta all'adozione di un piano d'azione per *Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire*²⁰⁴.

Tale atto di *soft law* rappresenta un punto di riferimento dal quale si è inteso ripartire nell'intento di risolvere il problema della confusione ed incomprensibilità della normativa comunitaria.

A tal proposito, ad esempio, la stessa Commissione, in materia di accordi in materia ambientale conclusi a livello comunitario, rivolta al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale, ed al Comitato delle Regioni²⁰⁵, ha affermato che « *le 5 juin 2002, la Commission européenne a adopté le plan d'action "Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire" conformément au mandat établi par le Conseil européen de Lisbonne et confirmé aux sommets de Stockholm, de Laeken et de Barcelone. Conformément aux conclusions du Conseil européen de Séville, un accord interinstitutionnel sur cette proposition est attendu avant la fin de 2002. La simplification et l'amélioration de l'environnement réglementaire ont pour but d'assurer, dans l'intérêt du public, que la législation communautaire soit mieux adaptée aux problèmes qui se posent, au défi de l'élargissement, aux conditions techniques et aux situations locales. Elles ont aussi pour objectif d'assurer un niveau élevé de sécurité juridique dans l'ensemble de l'Union européenne et de permettre aux opérateurs économiques et sociaux d'être plus dynamiques, contribuant ainsi à renforcer la crédibilité de la Communauté* »

6.7. Ma il rispetto del principio di certezza del diritto implica, altresì, che qualsiasi

²⁰⁴ COM (2002) finale 278, del 5.6.2002.

²⁰⁵ Bruxelles, il 17.7.2002, COM (2002) 412 finale.

modificazione sia preceduta, non solo da un'analisi delle situazioni consolidate, ma anche e soprattutto da un adeguato preavviso che consenta agli operatori economici di predisporre le adeguate risposte al futuro differente quadro regolamentare.²⁰⁶

6.8. A seguito di tali ampie considerazioni, il problema che noi cercheremo di affrontare e risolvere consisterà nel tentare di comprendere in che misura l'utilizzazione concreta di sempre più numerosi strumenti di *soft law* nel contesto giuridico comunitario possa conciliarsi con il rispetto del valore omnicomprensivo della democrazia cui si ispira il sistema europeo.

In particolar modo, la questione delicata che riteniamo opportuno approfondire consiste nell'analizzare come i vari strumenti di *diritto attenuato comunitario* si rapportino con il ruolo del Parlamento europeo e con il necessario rispetto dell'equilibrio istituzionale che la Corte ha, in numerose occasioni, espressamente tutelato e difeso.

Ed inoltre, grande interesse pratico e teorico, a nostro avviso, riveste la comprensione delle dinamiche che possano sottendere ai rapporti tra gli atti di *soft law* ed i principi fondamentali dell'attività legislativa ed amministrativa comunitaria sopra esaminati.

Come è conciliabile, se è conciliabile, l'adozione di strumenti giuridici innominati, ed atipici in grado di indirizzare, in concreto, i comportamenti dei loro destinatari con il rispetto dei principi di motivazione, di certezza del diritto, di trasparenza, di protezione del legittimo affidamento dei cittadini dell'Unione ?

È questa la tematica che, nell'ambito dell'analisi del *soft law comunitario*, a nostro avviso, suscita maggiore interesse e richiede una risposta che fornisca una soluzione adeguata e definitiva.

²⁰⁶ Si veda, ad esempio, Corte di Giustizia, Sentenza *Crispoltoni*, dell'11 luglio 1991, Causa C-368/89, Rac. I-3695.

7 The European rule of law

L'Unione europea si configura, del resto, come una Comunità di diritto ispirata altresì dal *rule of law*.

7.1. La dottrina dominante parla di *Rechtsgemeinschaft* sulla base della presenza dell'articolo 220 TCE, che attribuisce alla Corte di Giustizia il compito di assicurare che *the law is observed* nell'interpretazione ed applicazione del Trattato.

La Corte, dal canto suo, ha riconosciuto l'esistenza del principio dello Stato di diritto, per la prima volta, nella celebre Sentenza *Les Verts c/. Parlamento europeo*²⁰⁷ che afferma testualmente : « *Il y a lieu de souligner d'abord , a cet égard , que la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses Etats membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes a la Charte constitutionnelle de base qu'est le traité* ».

I giudici mettono, dunque, in evidenza due aspetti determinanti, quali la sottomissione delle autorità pubbliche alle norme giuridiche comunitarie e l'esistenza di un controllo giurisdizionale in grado di garantire il rispetto di tali norme.

La dottrina giuspubblicistica tradizionale, allo stesso modo, ritiene che l'essenza di una Comunità politica fondata sul principio del *rule of law* consiste nell'assoggettare l'azione dell'Amministrazione e, più in generale, del Potere esecutivo al rispetto delle disposizioni legislative in vigore.

Questo vuol dire che l'azione dell'Amministrazione deve trovare un suo fondamento giuridico in una norma legislativa istitutiva dello specifico potere esercitato, ma vuol dire altresì che l'attività dell'Esecutivo deve rispettare l'impianto legislativo esistente e vigente, nel complesso delle sue regole istituzionali ed organizzative.

²⁰⁷ Sentenza del 23 aprile 1986, Causa 294/83, Rac. pag. 1339.

In altri termini *rule of law* implica un “*governing sub lege*” ed un “*governing per lege*”²⁰⁸.

Il Trattato di Amsterdam ha confermato l'importanza del rispetto dello Stato di diritto, elevandolo al rango di diritto primario.

Ed invero, la disposizione dell'articolo 6, par. 1, TUE, afferma che « *L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et de libertés fondamentales, ainsi que l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres* ».

7.2. Per quanto concerne l'azione della Comunità e la ripartizione delle competenze, all'esterno, nei confronti degli Stati membri e, all'interno, tra le varie istituzioni, il principio giuridico che opera è quello definito delle *competenze di attribuzione*, che si ricavava dall'articolo 3 B TCE, oggi articolo 5 TCE, in base al quale l'attività della Comunità deve svolgersi “*alle condizioni e secondo il ritmo previsto dal presente trattato*”²⁰⁹.

D'altra parte, la suddivisione delle competenze tra la Comunità e gli Stati membri è un elemento che tocca nel profondo la sovranità di questi ultimi, ragion per cui è facilmente comprensibile il perché della elaborazione di un quadro istituzionale fondato sul principio delle competenze di attribuzione²¹⁰.

Tale sistema di organizzazione, del resto, è differente dalla prassi propria degli Stati federali di elencare una doppia lista di competenze rispettivamente Statali o federali o una lista unica che lasci poi le competenze residuali nelle mani degli Stati o della Federazione.

La logica comunitaria è differente.

Il Trattato ha piuttosto fatto riferimento a degli obiettivi funzionali, per il cui raggiungimento la Comunità è dotata di poteri specifici.

²⁰⁸ Gribnau, *Legaliteit en legitimiteit : fiscale rechtsvorming in de democratische Rechtsstaat*, NTB, 2001/1, pag. 9.

²⁰⁹ Per un maggiore approfondimento del riparto delle competenze tra Stati e Unione europea, si rinvia a M. Plutino – A. Vuolo, *La competenza esclusiva*, in Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2005, Tomo I, pag. 323 e sgg.; F. R. De Martino, *Il principio di competenza concorrente*, in Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2005, Tomo I, pag. 387 e sgg.

²¹⁰ Il contraltare ed il bilanciamento di tale sistema di competenze d'attribuzione è costituito dall'esistenza, nell'ordinamento comunitario, di un altro principio fondamentale, quello di *leale cooperazione* previsto dall'attuale articolo 10 del Trattato CE. Sul tema si propone la lettura di G. Ferraiuolo, *Principio di leale cooperazione e garanzie procedurali*, in Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2005, Tomo I, pag. 503 e sgg.

L'articolo 5, invero, afferma che *“la Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono attribuite e degli obiettivi che le sono assegnati dal Trattato”*²¹¹.

È chiaro, allora, che la determinazione delle competenze comunitarie rappresenta il risultato di una ricerca delle varie regole inserite nel Trattato attributive di poteri, lette in relazione con gli obiettivi “costituzionali”.

7.3. La ricerca e la corretta individuazione della norma attributiva del potere, del resto, non corrisponde ad un'esigenza di natura puramente dottrinale.

Tutt'altro.

Ed invero, il principio di legalità impone – come detto – che ogni atto delle Istituzioni comunitarie trovi fondamento in una norma che conferisca la competenza in una determinata materia.

Tale esigenza comporta, dunque, la necessità inderogabile che ogni atto si appoggi su di una esatta e pertinente *base giuridica*, in quanto essa designa, nel lessico comunitario, la disposizione del Trattato sulla quale si fonda la competenza per adottare una certa misura²¹².

Del resto, la disposizione del Trattato sulla competenza contiene implicitamente anche una regola di procedura, onde la scelta della base giuridica determina di conseguenza altresì la scelta di una particolare e specifica procedura da seguire per l'adozione dell'atto.

L'indicazione della base giuridica è dunque essenziale soprattutto per permettere di svolgere un serio, reale ed effettivo controllo di legalità dell'azione comunitaria, al fine di comprendere, innanzitutto, se l'azione delle istituzioni europee poteva essere esercitata, poi per valutare se l'atto adottato risponda a quello previsto, ed ancora per comprendere se la procedura seguita sia corretta,

²¹¹ Si veda, per un'analisi dell'articolo, Krausser, *Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages*, Duncker und Humblot, Berlino, 1991; e Triantafyllou, *Des compétences d'attribution au domaine de la loi. Etude sur les fondements juridiques de l'action administrative en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1997.

²¹² Su tale tematica, è interessante la riflessione svolta da E. Cannizzaro, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Anno X (2005), 4 vol., pagg. 651-658, il quale sottolinea che l'Unione non possa essere considerato alla stregua di un ente a competenza generale, in grado di operare senza vincolo di scopo. Pertanto l'autore evidenzia l'assenza di una dinamica dei rapporti tra le diverse fonti nel sistema dell'Unione, ed una riconversione della problematica del rapporto tra fonti normative nella problematica relativa alla ricerca della *base giuridica* più appropriata per ciascuna di esse.

e vi sia stato un coinvolgimento concreto di tutte le istituzioni aventi diritto a partecipare all'emanazione dell'atto in questione²¹³.

È per tutto quest'insieme di motivi determinanti, che la Corte ha ritenuto necessaria una menzione espressa della base giuridica, in mancanza della quale l'atto debba essere considerato viziato per violazione del principio generale della *certezza e sicurezza giuridica*²¹⁴.

7.4. La dottrina dominante divide le basi giuridiche in due grandi macro-categorie, e cioè le *basi giuridiche generali* e le *basi giuridiche specifiche*.

Tra le prime si inseriscono solitamente gli articoli 94 e 95 TCE, in materia di *rapprochement des législations*.

Tra le seconde si contemplano, invece, tutte quelle relative alla libera circolazione dei lavoratori²¹⁵, alla libertà di stabilimento²¹⁶, alla politica agricola²¹⁷, od ancora alla politica ambientale²¹⁸.

²¹³ Si legga ancora E. Cannizzaro, *op. cit.*, pag. 655, laddove afferma che sussiste una stretta relazione tra scelta della base giuridica e politica istituzionale, dato che la scelta deve essere compiuta in maniera tale da non comprimere i poteri di alcuna istituzione e, in particolare, del Parlamento. La stessa soluzione, del resto, è sostenuta da A. Atena, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Anno 2001, pag. 591 e sgg..

²¹⁴ Sentenza *Francia c/. Commissione*, del 16 giugno 1993, Causa C-325/91, Rac. pag. I-2283.

²¹⁵ L'articolo 40 TCE dispone che : “*Il Consiglio, deliberando in conformità della procedura di cui all'articolo 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale stabilisce, mediante direttive o regolamenti, le misure necessarie per attuare la libera circolazione dei lavoratori, quale è definita dall'articolo 39, in particolare:*

a) assicurando una stretta collaborazione tra le amministrazioni nazionali del lavoro,
b) eliminando quelle procedure e pratiche amministrative, come anche i termini per l'accesso agli impieghi disponibili, contemplati dalla legislazione interna ovvero da accordi conclusi in precedenza tra gli Stati membri, il cui mantenimento sarebbe di ostacolo alla liberalizzazione dei movimenti dei lavoratori,
c) abolendo tutti i termini e le altre restrizioni previste dalle legislazioni interne ovvero da accordi conclusi in precedenza tra gli Stati membri, che impongano ai lavoratori degli altri Stati membri, in ordine alla libera scelta di un lavoro, condizioni diverse da quelle stabilite per i lavoratori nazionali,
d) istituendo meccanismi idonei a mettere in contatto le offerte e le domande di lavoro e a facilitarne l'equilibrio a condizioni che evitino di compromettere gravemente il tenore di vita e il livello dell'occupazione nelle diverse regioni e industrie”.

²¹⁶ L'articolo 44 TCE afferma che : “*1. Per realizzare la libertà di stabilimento in una determinata attività, il Consiglio, in conformità della procedura di cui all'articolo 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale, delibera mediante direttive*”.

²¹⁷ Gli articoli 32-38 TCE si occupano nello specifico della politica agricola comune.

²¹⁸ L'intero Titolo XIX, articoli 174-176, del TCE è dedicato alla politica ambientale. In particolare l'articolo 175 dispone che : “*1. Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni, decide in merito alle azioni che devono essere intraprese dalla Comunità per realizzare gli obiettivi dell'articolo 174.*

2. In deroga alla procedura decisionale di cui al paragrafo 1 e fatto salvo l'articolo 95, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni, adotta: -disposizioni aventi principalmente natura fiscale; -le misure concernenti l'assetto territoriale, la destinazione dei suoli, ad eccezione della gestione dei residui e delle misure di

A queste, del resto, la Corte, nonostante un indirizzo interpretativo formalmente restrittivo delle competenze attribuite alla Comunità, ne ha aggiunto, tuttavia, delle altre, dando vita a quella che è stata definita la *teoria dei poteri impliciti*.

I giudici hanno sostenuto che la Comunità dovesse disporre, infatti, non solo delle competenze espressamente attribuitele, ma anche di tutte quelle necessarie a realizzare queste ultime, sviluppando una vera e propria interpretazione sistematica del Trattato.

Tale operato della Corte ha preso le mosse dalla giurisprudenza relativa alla CECA.

È nota la Sentenza *Fédéchar*²¹⁹ che ha consentito per la prima volta di affrontare la tematica del riconoscimento della massima estensione possibile alle competenze d'attribuzione²²⁰.

In tale pronuncia si fa riferimento al *principio dell'effetto utile*, secondo la quale l'interpretazione di una disposizione di un Trattato deve mirare ad attribuire a quest'ultimo i suoi pieni effetti.

Bisognerà attendere la famosa Sentenza *AETR*²²¹, però, per assistere alla consacrazione di tale approccio giurisprudenziale nel quadro della Comunità Europea. La controversia riguardava il problema dei poteri impliciti nel campo delle relazioni esterne. La Corte, nel caso di specie, ha fatto

carattere generale, nonché la gestione delle risorse idriche;

3. In altri settori il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni, adotta programmi generali d'azione che fissano gli obiettivi prioritari da raggiungere. Il Consiglio, deliberando alle condizioni previste dal paragrafo 1 o, secondo i casi, dal paragrafo 2, adotta le misure necessarie all'attuazione di tali programmi.

4. Fatte salve talune misure di carattere comunitario, gli Stati membri provvedono al finanziamento e all'esecuzione della politica in materia ambientale.

5. Fatto salvo il principio "chi inquina paga", qualora una misura basata sul paragrafo 1 implichi costi ritenuti sproporzionati per le pubbliche autorità di uno Stato membro, il Consiglio stabilisce, nell'atto recante adozione di tale misura, disposizioni appropriate in forma di -deroghe temporanee e/o -sostegno finanziario del Fondo di coesione istituito in conformità dell'articolo 161".

²¹⁹ Sentenza del 29 novembre 1956, Causa 8/55, Rac. pag. 291.

²²⁰ In dottrina, un'analisi approfondita della problematica è svolta da A. Tizzano, *op. cit.*, pag. 64 e sgg., il quale sostiene che la Corte abbia seguito una tendenza più restrittiva di quella propria di altre giurisdizioni internazionali, dal momento che essa riconduce a tale categoria solo quei poteri strumentali necessari ad assicurare il "ragionevole" ed "utile" esercizio dei poteri esplicitamente riconosciuti. A tal proposito, l'autore fornisce esempi dell'operato della CIG, quali il parere relativo alla *Riparazione dei danni subiti al servizio delle Nazioni Unite*, in cui la Corte internazionale afferma che: « *on doit admettre que ces Membres, en lui assignant certaines fonctions avec les devoirs et les responsabilités qui les accompagnent, l'ont revêtu de la compétence nécessaire pour lui permettre de s'acquitter effectivement de ses fonctions... Les droits et les devoirs d'une entité telle que l'Organisation doivent dépendre des buts et des fonctions de celle-ci énoncées ou impliquées par son acte constitutif, et développées dans la pratique* ». In relazione a tale giurisprudenza, Tizzano evidenzia come l'atteggiamento della Corte comunitaria sia assolutamente più restrittivo e tradizionale, in quanto essa si limitava ad accertare che il più ampio potere esercitato dall'istituzione fosse una necessaria conseguenza dell'esercizio dei poteri a questa esplicitamente riconosciuti, svolgendo quasi un'interpretazione estensiva, piuttosto che funzionale nel senso corretto di tale espressione.

²²¹ Sentenza *Commissione c/. Consiglio*, del 31 marzo 1971, Causa 22/70, Rac. pag. 263.

ricorso la principio generale dei poteri impliciti, per affermare la regola del parallelismo delle competenze interne ed esterne.

Insomma, ciò che emerge con evidenza è che il principio delle competenze di attribuzione non implica necessariamente l'assoluta impossibilità di ampliare in talune circostanze l'oggetto delle competenze comunitarie.

7.5. D'altra parte, lo stesso Trattato contiene una previsione di carattere generale residuale, che potremmo definire una sorta di norma di chiusura del sistema, l'articolo 308 TCE²²².

Tale norma consente di colmare delle lacune attribuendo alla Comunità tutti i poteri necessari per realizzare gli obiettivi a lei assegnati, anche in carenza di competenze espressamente riconosciute.

Affinché si possa far ricorso a tale strumento, però, è indispensabile che ricorrano tre condizioni.

In primo luogo, l'azione prevista deve essere necessaria per il raggiungimento di uno degli oggetti della Comunità²²³.

Poi, il Trattato non deve aver previsto altri poteri d'azione specifici, ragion per cui qualora esista una disposizione specifica che consenta di raggiungere gli scopi proposti, tale norma deve rappresentare la base giuridica da utilizzare obbligatoriamente. Tale soluzione è giustificata dall'esigenza di preservare l'equilibrio istituzionale stabilito dal trattato, in quanto bisogna evidenziare, al riguardo, che il ricorso all'articolo 308 necessita della unanimità del Consiglio, ma della semplice consultazione del Parlamento²²⁴. Pertanto, si vuole evitare che il ricorso a tale procedura residuale possa consentire di eludere le procedure specifiche già previste per determinate

²²² Tale norma afferma che *“Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso”*.

²²³ Tali “oggetti” della Comunità sono sostanzialmente gli obiettivi fissati dall'articolo 3 TCE.

²²⁴ Si legga la pronuncia della Corte conosciuta come *Dioxyde de titane* (Sentenza *Commission c/ Conseil*, dell'11 giugno 1991, Causa C-300/89, Rac., I, p. 2867.

materie²²⁵.

Infine, l'azione della Comunità deve essere necessaria per realizzare, nel funzionamento del Mercato comune, uno degli obiettivi della Comunità.

Il ricorso all'articolo 308, pertanto, deve essere considerato soltanto residuale.

7.6. Strettamente collegato alla tematica delle competenze d'attribuzione ed alla necessità di esatta individuazione della base giuridica di ogni atto, appare, inoltre, il tema del rispetto del *principio dell'equilibrio istituzionale* tra gli organi della Comunità.

La necessità di garantire massima tutela al ruolo del Parlamento è stata già sottolineata, e considerata aspetto determinante del più generale valore della democrazia nell'ambito dell'ordinamento comunitario.

Ma il rispetto degli equilibri e delle competenze tra le varie Istituzioni, come previste e strutturate nel Trattato è una tematica che attiene anche alla salvaguardia del *rule of law* europeo.

L'articolo 7 TCE, invero, afferma che “*Ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dal presente Trattato*”.

La dottrina dominante attribuisce a tale norma l'introduzione del *principio dell'equilibrio istituzionale* in virtù del quale ciascuna Istituzione non può utilizzare le proprie attribuzioni a detrimento di quelle altrui.

La struttura istituzionale comunitaria, dunque, è fondata su una ripartizione di competenze che la Corte è chiamata a far rispettare.

La prima controversia che ha posto in evidenza tale problematica è stata risolta dalla Corte con l'emanazione della Sentenza *Meroni*²²⁶, nella quale si rinviene « *dans l'équilibre des pouvoirs*,

²²⁵ Si analizzi, a tal proposito la ferma giurisprudenza della Corte, la quale ha chiarito che « *Il résulte des termes mêmes de l'article 235 que le recours à cet article comme base juridique d'un acte n'est justifié que si aucune autre disposition du traité ne confère aux Institutions communautaires la compétence nécessaire pour arrêter cet acte* » (Sentenza *Commissione c/. Consiglio*, del 26 marzo 1987, Causa 45/86, Rac. 1493; ma si veda, altresì, Sentenza *République hellénique c/ Conseil*, del 29 marzo 1990, Causa C-62/88, Rec., I, p. 1527). Sul tema, per un approfondimento, Wachsmann, *Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour*, Europe, Gennaio 1993, chr. 1.

²²⁶ Sentenza del 13 giugno 1958, Causa 9/56, Rac. pag. 11; ma si veda ancora, Sentenza *Wybot*, del 10 luglio 1986, Causa 149/85, Rac. pag. 2391; Sentenza *Vreugdenhil BV c/. Commissione*, del 13 marzo 1992, Causa C-282/90, Rac.pag. I-1397.

caractéristique de la structure institutionnelle de la Communauté, une garantie fondamentale accordée par le traité aux entreprises et associations d'entreprises auxquelles il s'applique »

Il principio dell'equilibrio conduce la Corte a vegliare al rispetto, da parte delle istituzioni, delle competenze loro assegnate, ed anche, in tale prospettiva, alla scelta delle procedure decisionali corrette²²⁷.

7.7. Un rilievo determinante, infine, assume il principio di derivazione giurisprudenziale di *leale cooperazione tra istituzioni comunitarie*, quale elemento in grado di garantire il rispetto del *rule of law* in via non soltanto formale, ma anche e soprattutto sostanziale.

Ed invero, la Corte ha più volte ribadito che le Istituzioni non devono limitarsi soltanto al formale e statico rispetto delle proprie attribuzioni, ma devono altresì attivamente collaborare e impegnarsi a mettere in pratica tutti quei comportamenti in grado di garantire effettivamente il rispetto concreto e pratico della ripartizione di competenze disposta dal Trattato.

In tal senso, è emblematico il ragionamento seguito dai Giudici, laddove, in una controversia che vedeva contrapposti Parlamento e Consiglio, a causa del fatto che il Parlamento non avesse reso il proprio necessario parere in tempo utile allo svolgimento della procedura di elaborazione normativa, ha espressamente affermato che « *en adoptant un tel comportement, le Parlement a manqué à son devoir de coopération loyale vis-à-vis du Conseil* »²²⁸.

7.8. Orbene, alla luce di tali valutazioni concernenti i differenti aspetti caratterizzanti il *rule of law* comunitario, la riflessione che riteniamo opportuno svolgere nel prosieguo del lavoro riguarda l'analisi delle dinamiche che sottendono al rapporto tra l'utilizzo di strumenti di *soft law* e la necessità di garantire il rispetto dei principi dello Stato di diritto.

Come si concilia l'adozione di atti legislativi morbidi, innominati ed atipici, con la tutela del principio delle competenze d'attribuzione, con la necessità di esatta individuazione della base

²²⁷ Sentenza *Parlement c/. Conseil*, del 21 maggio 1990, Causa 70/88, Rac. pag. I-2041.

²²⁸ Sentenza *Parlement c/. Conseil*, del 30 marzo 1995, Causa C-65/93, Rac. pag. I-660.

giuridica di ogni atto produttivo di effetti esterni, con il mantenimento dell'equilibrio istituzionale tra gli organi della Comunità e con il rispetto del principio di leale cooperazione interistituzionale.

A nostro avviso, questi rappresentano gli ostacoli maggiori all'introduzione generalizzata dell'interio strumentario di atti di *soft law* nell'ambito dell'azione politico-giuridica comunitaria.

Finquando non si darà risposta ai problemi legati al rapporto del *diritto attenuato* con i fondamenti dello Stato di diritto non potrà mai considerarsi il *droit mou* come una valida e legittima alternativa alla *normativa hard* comunitaria.

Per consentire al *soft law* di competere con l'*hard law*, ammesso che ciò sia tecnicamente desiderabile e politicamente opportuno, e di divenire realmente una forma autonoma e autorevole di efficace e legittima produzione normativa, è necessario fornire soluzione ai problemi che sorgono laddove si pongono le varie espressioni del *diritto attenuato* di fronte al rispetto dei principi fondamentali del *rule of law* comunitario.

Altrimenti, il *soft law* rimarrà sempre espressione di una giuridicità “furbescamente”, “distrattamente” e “temporaneamente” preferita alle tradizionali forme di produzione normativa, sole ad essere considerate realmente legittime ed effettive.

8. Il sistema delle fonti comunitario

Un'ultima riflessione, prima di entrare nel merito dell'analisi del *soft law* comunitario, riteniamo debba riguardare la relazione che sussiste tra il crescente utilizzo di atti atipici e innominati e l'attuale sistema delle fonti della Comunità Europea.

Desta grande interesse dottrinale, invero, la comprensione del legame intercorrente tra lo sviluppo di strumenti giuridici *sui generis* e l'attuale struttura delle fonti comunitaria.

8.1. È certamente noto che il sistema giuridico comunitario sia sprovvisto di una vera,

formale, organizzazione gerarchica delle fonti normative.

Non esiste una formale ripartizione gerarchica dei differenti strumenti di produzione giuridica che consenta di stabilire con certezza e stabilità un ordine dei rapporti di forza tra le fonti.

La dottrina dominante, del resto, prende spunto dalla formulazione dell'articolo 230 TCE²²⁹, per ricavarne l'esistenza effettiva di un rapporto gerarchico tra norme di diritto primario e disposizioni di diritto derivato²³⁰.

Sul tema, appare significativa l'enfasi con la quale J.P. Jacque descrive il sistema giuridico comunitario, laddove afferma che « *comme tout ordre juridique, l'ordre juridique communautaire est constitué d'un ensemble organisé des normes qui tirent leur validité de la norme juridique de base constituée par le traité. Aussi distingue-t-on classiquement en droit communautaire l'ordre juridique primaire constitué par les traités et les actes assimilés à ceux-ci et le droit dérivé fondé sur les traités et adoptés selon procédures prévues par ceux-ci...A ce titre, l'ordre juridique communautaire est structuré et hiérarchisé* »²³¹

Una certa gerarchia, dunque, può essere stabilita tra le norme del Trattato, cui sono stati equiparati i principi generali del diritto²³², e le fonti di diritto derivato.

D'altra parte, l'azione della Corte è stata, ancora una volta, determinante nell'affermazione di tale carattere gerarchico dell'organizzazione del sistema delle fonti comunitario, mediante

²²⁹ I primi due commi recitano :“*La Corte di giustizia esercita un controllo di legittimità sugli atti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della BCE che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi.*

A tal fine, la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione del presente trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione, ovvero per sviamento di potere, proposti da uno Stato membro, dal Consiglio o dalla Commissione”.

²³⁰ Su tale orientamento la produzione dottrinale è vastissima. Si veda A. Tizzano, *La gerarchia delle norme comunitarie*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1996, pagg. 71-78; A. Tizzano, *La hiérarchisation des normes*, in *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, 2000, pagg. 153-171.; J.P. Jacque, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 2004, pag. 493; P.Acconci, *Quale gerarchia delle fonti del diritto dell'Unione*, *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, vol. 2, pag. 254 sgg.; B. Beutler, *L'Unione europea*, Bologna, 2001, pag. 279; T. Ballarino, *Manuale breve di Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2004, pag. 91; U. Draetta, *Elementi di diritto dell'Unione europea, Parte istituzionale*, Milano, 2004, pag. 201; Raepenbusch, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, 1998, pag. 303.

²³¹ J.P. Jacque, *op. cit.*, pag. 493.

²³² Su tale tematica è interessante l'analisi svolta da G. Vandersanden e A. Barav, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, 1977, pag. 201.

un'attività giurisprudenziale razionalmente unitaria, sebbene rivolta in due direzioni differenti.

Ed invero, i Giudici hanno contribuito all'affermazione in talune circostanze di una gerarchia anche tra i principi espressione di valori supremi della collettività europea e le norme del Trattato che in ogni caso non potrebbero derogare ad essi²³³.

Al riguardo è suggestivo e chiarificatore il pensiero di A. Tizzano, il quale ha esplicitamente affermato che « *une hiérarchie peut aussi être établie, en vertu surtout de la jurisprudence de la Cour de justice, entre les principes et les normes des traités, car avec le temps a été de plus en plus soulignée la priorité ou, si l'on veut, le caractère constitutionnel ou fondamental de certains valeurs affirmées par les traités* »²³⁴.

Ma la Corte ha instaurato, in via giurisprudenziale, una vera e propria gerarchia anche tra gli atti di diritto derivato.

Infatti, sono numerose le Sentenze nelle quali si afferma che gli atti di esecuzione devono essere conformi agli atti generali di base, non potendo in alcun modo derogare alle sue disposizioni²³⁵.

Ed altresì numerose sono le *Arrêts* concernenti la preminenza degli atti di portata generale su quelli di natura individuale²³⁶, ragion per cui una decisione individuale non può limitare o restringere gli effetti giuridici di un atto normativo, a meno di autorizzazione espressa²³⁷.

La gerarchia delle norme, insomma, sembra essere una sorta di principio non scritto del diritto comunitario²³⁸.

²³³ Si analizzi, ad esempio, la Sentenza *Van Duyn*, del 4 dicembre 1974, Causa 41/74, Rac. pag. 1337, nella quale la Corte ha considerato che il Trattato non poteva disconoscere il principio di diritto internazionale secondo cui uno Stato deve consentire ai suoi cittadini di avere accesso al proprio territorio e di soggiornarvi.

²³⁴ A. Tizzano, *op. cit.*, pag. 156, laddove si fa riferimento, in nota, al celebre Parere 1/91, del 14 dicembre 1991, Rac. pag. I-6079, con il quale la Corte ha affermato la forza di alcuni principi del trattato, in suscettibili di modifica nemmeno a seguito di revisione dei Trattati.

²³⁵ Sentenza *Koster*, del 17 dicembre 1970, Causa 25/70, Rac. pag. 1161; Sentenza *Deutsche Tradax*, del 10 marzo 1971, Causa 38/70, Rac. pag. 145; Sentenza *Pfloeschner c/. Commissione*, del 14 dicembre 1995, Causa T-285/94, Rac. pag. II-3029.

²³⁶ Sentenza *NTN Toyo Bearing Co. Ltd c/. Consiglio*, del 29 marzo 1979, Causa 113/77, Rac. pag. 1185; Sentenza *ISO c/. Consiglio*, Causa 118/77, Rac. pag. 1277; Sentenza *Nippon Seiko c/. Consiglio*, Causa 119/77, Rac. pag. 1303.

²³⁷ Tribunale, Sentenza *Scholler Lebensmittel*, del 8 giugno 1995, Causa T-9/93, Rac. pag. II-1670. Sentenza *Tetra Pak*, del 10 luglio 1990, Causa T-51/89, Rac. pag. II-309.

²³⁸ È questa l'espressione utilizzata anche in numerose conclusioni di Avvocati Generali, quali Saggio, Caso *Océano*

8.2. D'altra parte, tale soluzione non soddisfa del tutto.

Ed invero, sin dalla Conferenza intergovernativa che negoziava il Trattato di Maastricht, si è dibattuto a lungo sulla opportunità di inserire una formale organizzazione gerarchica delle fonti nel futuro Trattato sull'Unione²³⁹.

Il dibattito, scaturito da una nota della delegazione italiana datata 20 settembre 1990, e rinvigorito da una relazione presentata dall'On. Bourlanges al Parlamento europeo nel 1991, però, condusse soltanto all'annessione al Trattato di Maastricht della nota *Dichiarazione n. 16*, secondo la quale la conferenza intergovernativa del 1996 avrebbe dovuto esaminare “*in che misura sia possibile riconsiderare la classificazione degli atti comunitari per stabilire un'appropriata gerarchia tra le diverse categorie di norme*”²⁴⁰.

Il Trattato di Amsterdam ha, però, totalmente sorvolato la questione, deludendo le aspettative di quanti ritengono indispensabile una strutturazione gerarchica formale delle fonti comunitarie.

A tal proposito è significativa la riflessione svolta da Tizzano, il quale ha affermato che « *le Traité d'Amsterdam a probablement donné le coup de grâce aux espoirs (ou aux craintes) d'introduction d'une hiérarchie des normes dans l'ordre juridique communautaire. Et il l'a donné de la façon la plus simple, et apparemment, la plus indolore : en ignorant totalement la question !* »²⁴¹.

8.3. La questione che si pone, allora, è di comprendere la motivazione per la quale, ammesso che esista una reale esigenza in tal senso, si avverte la necessità di formalizzare una organizzazione gerarchica tra fonti²⁴², nonostante tale gerarchia, di fatto, esista già.

Grupo Editorial et al., Cause riunite C-240/98, C-244/98, Rac. pag. I-4943; Colomer, Caso *Italia c/. Consiglio*, Causa C- 120/99, Rac. pag. I-8002; Geelhoed, Caso *The Secretary of State c/. Hacene Akrich*, Causa-109/01.

²³⁹ Anche se esistevano dei precedenti specifici, quali il progetto di trattato sull'Unione europea, conosciuto come progetto *Spinelli*, approvato dal Parlamento europeo il 14 febbraio 1984.

²⁴⁰ Per un commento su tale Dichiarazione, si veda J. Dutheil de la Rochere, *La hiérarchie des normes*, in P. Manin, *La révision du Traité sur l'Union Européenne. Perspectives et Réalités*, Paris, 1996, Pagg. 58-60.

²⁴¹ A. Tizzano, *op. cit.*, pag. 153.

²⁴² Per un'indagine più approfondita del problema si rinvia alle riflessioni svolte da A. Tizzano, *op. cit.*; A. Tizzano, *La hiérarchie des normes communautaires*, in *Reflexion en torno al Tratado de Amsterdam y el futuro de la Union*

Parte della dottrina²⁴³, ritiene che il sistema comunitario, fondato com'è sui principi dello Stato di diritto, delineatosi nel corso degli anni come un vero e proprio ordine giuridico autonomo da quello degli Stati membri, dotato di un proprio originale apparato istituzionale, operante attraverso delle norme in grado di indirizzarsi direttamente ai privati superando la necessaria "intermediazione" delle disposizioni normative di diritto interno, nei confronti delle quali godono di una forza giuridica attiva e passiva superiore, ha l'obbligo di organizzare in modo più razionale, efficace e strutturato il sistema delle proprie fonti interne.

Ed invero, nonostante il riconoscimento nei fatti di una sostanziale gerarchia tra le fonti, il sistema attuale non manca di creare delle difficoltà applicative ed interpretative.

8.3.1. In primo luogo, emerge con assoluta evidenza una situazione nella quale gli atti delle istituzioni spesso non corrispondano, in tutto o in parte, alla tipologia prevista nel Trattato. Basti pensare, ad esempio, al proliferare di casi nei quali non è più agevole distinguere un Regolamento da una Direttiva. L'*efficacia diretta* nei confronti dei privati non è più una caratteristica esclusiva delle disposizioni regolamentari, infatti, da quando la Corte ha riconosciuto a talune direttive, in presenza di un insieme di condizioni, la possibilità di produrre effetti diretti alla stessa stregua di un Regolamento.

Qualora le Direttive siano considerate *dettagliate* le disposizioni in esse contenute troveranno applicazione anche in totale assenza di una misura statale di esecuzione.

8.3.2. D'altra parte, tale sistema delle fonti pone problemi anche su un altro versante.

Si assiste, invero, ad un proliferare ormai incontrollato di nuovi strumenti di produzione normativa determinato dallo sviluppo della qualità e quantità delle azioni comunitarie, cui non ha fatto seguito una modernizzazione delle fonti attualmente a disposizione delle istituzioni.

A fronte di uno sviluppo e di un fiorire continuo di nuove forme di produzione giuridica

Europea, 2000, pagg. 227-243, laddove riprende confermando che l'assenza di una gerarchia è il riflesso di una fase storica di processo di integrazione europea che deve essere considerata ormai superata. La tecnica consistente nel procedere mediante emanazioni di atti atipici, aventi una struttura e degli effetti predeterminati, appartiene infatti piuttosto alla tradizione delle organizzazioni internazionali classiche ed alla necessità di definirne, al fine di limitarle, le loro competenze e i loro strumenti d'azione.

²⁴³ Tra cui, appunto, A.Tizzano.

atipiche ed innominate, diventa realmente difficoltoso ed arduo il tentativo di ricostruire il rapporto che esiste tra le fonti “istituzionali” tipiche ed altre assolutamente *sui generis*, che pur tuttavia contribuiscono in misura notevole alla elaborazione di regole di condotta *efficaci* ed *effettive*.

Tale stato di cosa, del resto, a nostro avviso, arreca dei danni, a medio e lungo termine, anche agli atti di *soft law* che, pure, di questo caos attualmente beneficiano.

Ed invero, se si ritiene che nuove fonti di giuridicità attenuata possano diventare a pieno titolo strumenti legali di un diritto da considerarsi *soft* soltanto per la procedura decisionale e per la forma dell'atto adottato, ma da ritenere *hard*, in quanto agli effetti legittimamente alternativi al diritto tradizionale in grado di produrre, è necessario prevedere una riorganizzazione del sistema delle fonti che ricomprenda anche gli atti giuridici morbidi e ne disciplini la loro efficacia e forza formale.

Per tutto quest'insieme di problemi e difficoltà, la dottrina dominante sostiene la necessità di provvedere ad una razionalizzazione dell'organizzazione delle fonti.

D'altra parte, a tal proposito, alcuni autori ritengono che il problema, nei termini suddetti, sia, in verità, mal posto, in quanto la gerarchia tra gli atti e le norme esiste già in diritto comunitario, onde ogni atto prende il suo posto nel quadro dell'ordine giuridico costituito.

Tale dottrina precisa che, invece, quando si parla di gerarchia delle norme si intende far riferimento ad una vera e propria razionalizzazione delle procedure decisionali e una instaurazione di una chiara e netta separazione dei poteri in diritto comunitario.

Ciò che manca è una suddivisione tra organi incaricati di poteri legislativi e organi titolari di poteri esecutivi. E tale promiscuità e commistione tra procedure ed istituzioni non giova certo alla razionalizzazione del sistema delle fonti né alla qualità della produzione normativa.

Gli unici beneficiari di siffatta confusione sono solo il Consiglio e la Commissione che, sia pur secondo modalità differenti, si garantiscono un ruolo più forte e determinante di quello che spetterebbe loro, mediante l'adozione di politiche e l'emanazione di atti in grado di ottenere risultati pratici concreti – direi quindi “giuridici” a tutti gli effetti – pur nella completa noncuranza di forme,

regole e procedure necessarie a seconda dei settori di intervento.

A nostro avviso, le due interpretazioni non sono alternative tra loro, ma, anzi, devono necessariamente procedere di pari passo.

È necessario, cioè, che ad una effettiva introduzione del principio di gerarchia tra fonti e norme comunitarie, faccia seguito un'altrettanto radicale riorganizzazione e semplificazione delle procedure decisionali ed una netta ed insuperabile separazione dei poteri legislativo ed esecutivo tra istituzioni comunitarie, senza la quale qualsiasi riassetto delle fonti diviene assolutamente inutile ed improduttivo.

Alla luce di siffatte considerazioni, la nostra analisi mirerà, allora, a comprendere – in una prospettiva *de iure condito* – quale sia la collocazione attuale degli atti di *soft law* nel sistema delle fonti comunitarie e quali siano le dinamiche e i rapporti di forza che caratterizzano, anche alla luce della determinante giurisprudenza della Corte, le interazioni tra *soft* e *hard european law*.

CAPITOLO II

Il soft law in diritto comunitario

SOMMARIO : 1. *The reasons behind the use of soft law*; - 2. *Il soft law dalle sue prime apparizioni allo sviluppo nell'attuale contesto legislativo*; - 3. *Una definizione di EU soft law*; - 4. *La tradizionale classificazione funzionale del soft law comunitario*; - 5. *Il soft law ed il sistema delle fonti comunitario : una sistemazione teorica possibile?*; - 6. *La razionalizzazione strutturale e funzionale dell'European community soft law*; - 7. *A functional classification of soft law instruments : la funzione prelegislativa*; - 8. *A functional classification of soft law instruments : la funzione postlegislativa*; - 9. *A functional classification of soft law instruments : la funzione paralegislativa*.

1. The reasons behind the use of soft law

La questione che suscita maggior interesse in dottrina è quella di comprendere quali siano le ragioni che spingono ad un utilizzo ormai incontrollato di strumenti di produzione normativa *soft*.

1.1. Una prima risposta può, a nostro avviso, rinvenirsi nella riflessione di Beveridge e Nott, secondo i quali “*the concept of soft law may be used to embrace those features of a mature legal system which give that system its flexibility and dynamic character*”²⁴⁴.

²⁴⁴ F. Beveridge and S. Nott, *op. cit.*, pag. 290.

Ciò che appare evidente è che *“the extensive use of soft law can be seen as a reaction to the need for a more flexible regulatory system. Other legal measures have proven to be inadequate to meet the challenges in a market developing at immense speed”*²⁴⁵.

Si assiste, dunque, attualmente, ad una fase nella quale le varie tradizionali fonti di produzione normative comunitaria, e le rispettive rigide procedure decisionali, non appaiono più in grado di rispondere in maniera adeguata alle esigenze della società europea contemporanea, sia sotto il profilo della qualità legislativa sia sotto l’aspetto della rapidità della elaborazione normativa.

Gli operatori economici privati, i lavoratori subordinati, i vari imprenditori, gli studenti, i liberi professionisti, i consumatori, sono tutti portatori di esigenze di una continua e tempestiva produzione normativa che risponda ai mutevoli equilibri dei mercati ed alle rapide evoluzioni delle sensibilità sociali e delle scoperte tecnologiche.

Insomma, una società dinamica ed aperta, esposta alla libera azione delle forze del mercato globale, necessita di una attenta, precisa e mutevole attività legislativa e regolamentare in grado di disciplinare una collettività sempre più ampia, in settori sempre più estesi.

Di qui, le difficoltà che le istituzioni comunitarie avvertono nel creare diritto comunitario sempre nuovo e moderno con strumenti e procedure invece vecchi ed ormai inadeguati.

Un problema, questo, che si accentua in un campo nel quale la giuridicità deve realmente tenere il passo dell’economia per non perdere totalmente il controllo delle sue dinamiche, quale il settore del *diritto della concorrenza*.

Al riguardo vi è concordanza in dottrina sull’idea che *“it is a fact that industrial developments necessitate changes in the antitrust rules”* e che, dunque, il *“soft law has a central place in the competition field”*²⁴⁶.

²⁴⁵ A. Cosma and R. Whish, *Soft law in the Field of EU Competition Policy*, in *European Business law review*, vol.14, 2003, 1, pag. 33.

²⁴⁶ A. Cosma and R. Whish, *op. cit.*, pag. 33. Gli autori, a tal proposito, continuano : *“Furthermore the extensive use of soft law can be seen as a part of a legislative technique used frequently in national systems. Rules are drafted in a way that leaves a great deal of discretion to the administrative authorities. This is especially the case in fields where the development end needs for regulation is hard to predict. The competition rules expressed in Articles 81 and 82 EC are sound examples of this type of legislation. The wording of the Articles allows for wide interpretations. This again makes the competition rules capable of adjusting to changes in time”*.

1.2. Parte della dottrina parla di una vera e propria crisi della legislazione comunitaria.

Tale situazione sarebbe determinata, innanzitutto, da una eccessiva quantità di norme e regole aggravata da una prassi di emendamenti continui ed privi di coordinazione, e da una mancanza di distinzione tra strumenti legislativi ed esecutivi nel Trattato.

Ma la crisi in atto è frutto anche di *lack of quality of EU legislation* .

La legislazione comunitaria è oscura, inaccessibile, complessa ed incerta, ragion per cui “*the fragmented nature of Community legislation, resulting from the step-by-step approach of the EC legislative process, makes necessary an analysis of several different acts in order to obtain a picture of the applicable law in a certain field*”²⁴⁷.

Lo stesso Avvocato Generale VerLoren van Themaat, del resto, nel Caso *Loiret and Haentjes*, osservò, nelle sue Conclusioni, che “*very soon the lawyer will get the impression of having descended into a labyrinth*”²⁴⁸.

1.3. Alcuni autori, del resto, pur concordando sull’inadeguatezza delle tradizionali forma di regolazione comunitaria, ritengono che la *popolarità* del *soft law* abbia, però, anche altre spiegazioni.

Tale dottrina ritiene, innanzitutto, che la legislazione tradizionale sia troppo costosa, e richieda un processo redazionale eccessivamente lungo, ma sostiene che lo sviluppo di tali forme di giuridicità attenuata derivi, altresì, da “*positive advantages ascribed to soft law and most intriguingly*” e da “*a disenchantment with the performance of the regulatory welfare state*”²⁴⁹.

Il *soft law*, insomma, fornisce dei veri e propri autonomi *benefits* che conducono a non considerarlo *a simply second best to legislation*. Ed invero “*it can, at least in theory, be adopted and amended more speedily than legislation and is less expensive to government as industry usually*

²⁴⁷ L. Senden, *op. cit.*, pag. 11.

²⁴⁸ Cause riunite 292 e 293/81, Rac. pag. 3887.

²⁴⁹ G. Howells, *Soft law in EC consumer law*, in *European Business law review*, vol.14, 2003, 1, pag. 312.

meets at least part of the cost of determining and enforcing standards”²⁵⁰.

Inoltre, il *soft law* rappresenta una necessaria alternative alla regolamentazione tradizionale in un contesto nel quale la Comunità europea sembra assumere, in taluni casi, le sembianze di uno Stato sociale di diritto, rivolto alla protezione sostanziale e non solo formale dei diritti fondamentali ritenuti principi generali dell’ordinamento comunitario.

Un fattore determinante, in tale prospettiva, è stata la trasformazione che gli Stati membri hanno portato innanzi sin dal Secondo Dopoguerra, giungendo a creare un vero e proprio regime di *welfare state* necessario a garantire l’eguaglianza sostanziale dei cittadini e ad assicurare maggiore equità nei settori della sicurezza sociale, della protezione dell’ambiente, e nella protezione dei diritti dei consumatori.

In ambito comunitario tale attenzione si manifesta soprattutto nel settore delle politiche ambientali e nel campo della protezione dei consumatori, ma sembra essere una tendenza generalizzata. Sul punto si chiarisce che “*many commentators on the Right view such attempts at welfare regulation as unwelcome social engineering which can only damage the organic integrity of society and free market. Such a political philosophy has inspired the “deregulation” movement which has held great suasion in recent times...One’s attitude to soft law can indeed depend upon whether one views it as a technique for deregulation, or as an alternative to deregulation*”²⁵¹.

1.4. Orbene, l’analisi di tali riflessioni, insieme alla valutazione della variegata tipologia di atti di *diritto morbido* rinvenibili nella prassi corrente delle istituzioni, ci conduce a ritenere che le motivazioni sottostanti la emergente necessità di strumenti giuridici alternativi a quelli *hard* tradizionali siano molteplici.

In ogni settore del diritto comunitario le ragioni possono variare.

In campi nei quali non sussisteva una vera e propria legislazione comunitaria, come ad esempio il settore delle politiche sociali, dell’impiego, o dell’Unione economica e monetaria, è

²⁵⁰ G. Howells, *op. cit.*, pag. 313.

²⁵¹ G. Howells, *op. cit.*, pag. 314.

strutturalmente impensabile che la ricerca di strumenti normativi *morbidi* derivi da una inadeguatezza della normativa o delle procedure tradizionali.

In aree nelle quali mancava regolamentazione comunitaria classica, la necessità avvertita dalle Istituzioni era quella, invece, di assoggettare, sia pure in modo *soft*, al diritto della Comunità europea dinamiche politiche e giuridiche altrimenti lasciate al libera regolamentazione statale.

In alcuni settori, cioè, si preferiva disciplinare in maniera debole, piuttosto che non disciplinare affatto.

Il *soft law*, allora, in tali ipotesi ha una sua autonoma attrattività ed assicura dei vantaggi che si valutano al di là della semplice contrapposizione all'*hard law*, soprattutto, in campi nei quali gli Stati membri hanno sviluppato, negli ultimi Cinquant'anni delle politiche di *welfar* alle quali difficilmente rinuncerebbero in cambio di una regolamentazione comunitaria forte.

In altri settori, invece, il problema determinato da un'oggettiva inadeguatezza della legislazione tradizionale emerge con maggiore forza a sostegno della necessità di avvalersi di fonti di diritto *soft*.

In campi quali quello del diritto della concorrenza, invero, spesso gli operatori economici avvertono il bisogno di una produzione normativa attenta ed in continua evoluzione che non può essere garantita loro mediante i tradizionali strumenti del Regolamento o della Direttiva.

C'è bisogno di regole di più rapida emanazione e di più facile modificazione, altrimenti il diritto corre il rischio di divenire obsoleto ed *ineffettivo*.

In tali circostanze, allora, è evidente che le difficoltà strutturali, derivanti soprattutto dalle lungaggini procedurali, dell'*hard law* favoriscono senza dubbio l'utilizzo di atti atipici, dei quali altrimenti non si avvertirebbe l'esigenza.

Insomma, come evidenziato, le motivazioni fondanti il proliferare del *soft law* possono essere differenti tra loro.

Ma, a ben vedere, noi riteniamo di poter individuare un elemento di contatto tra queste varie

esigenze.

Ed invero, ciò che le accomuna tutte è, a nostro avviso, la volontà che alcuni settori, privi o potenzialmente sprovvisti di una normazione *effettiva* ed *efficace*, possano essere in ogni caso disciplinati da *norme giuridiche* in grado di indirizzare e vincolare la condotta dei loro destinatari.

Si assiste, in altri termini, ad una esigenza di giuridicità *concreta* che consenta di porre dei limiti ai comportamenti economici e sociali sia dei consociati che delle Istituzioni stesse, riaffermando i principi di fondo dello Stato di diritto anche se mediante forme di diritto *soft*, ma che ciononostante, costituiscono, senza dubbio, pur sempre diritto.

È in tale prospettiva che possiamo cominciare ad affermare una concetto che arricchiremo di contenuti nel prosieguo dell'analisi, e cioè che gli strumenti giuridici *morbidi* che proliferano nella prassi delle Istituzioni comunitarie rappresentano manifestazioni di *soft (but nevertheless) law*.

2. Il soft law dalle sue prime apparizioni allo sviluppo nell'attuale contesto legislativo

La prima manifestazione concreta di *soft law* comunitario risale indietro nel tempo alle c.d. “*Christmas Communications*”²⁵² del dicembre 1962.

2.1. Ma la dottrina concorda nel ritenere che il primo vero atto di *soft law*, inteso quale nuova forma di *governance* europea, sia la *Risoluzione* del Consiglio Europeo del 5 Dicembre 1978, con la quale fu creato il Sistema Monetario Europeo²⁵³.

La prima fase di sviluppo di strumenti giuridici attenuati è caratterizzata, tuttavia, da un loro utilizzo pratico e concreto, privo però di alcun tipo di razionalizzazione e riconoscimento teorico.

Insomma gli Organi della Comunità si avvalgono in alcune circostanze di atti dei quali, però,

²⁵² G.U. 1962, 139/2921; G.U. 1962, 139/2922.

²⁵³ Tale sistema sostituì il c.d. Serpente monetario, frutto di un Accordo tra le Banche Centrali europee siglato a Bâle nel 1972, creando un'unità di conto comune (ECU), e prevedendo come ultima tappa dell'integrazione economica e finanziario la realizzazione di una vera e propria Unione economica e monetaria.

non si curano di individuarne la natura.

Un implicito riconoscimento, probabilmente, da parte delle istituzioni comunitarie, dell'esistenza di atti di *soft law* nell'ordinamento giuridico comunitario, deriva, secondo la dottrina dominante, dall'Atto riguardante le condizioni di adesione alla Comunità Europea del Regno Unito, Danimarca e Irlanda.

Nell'articolo 2 si parla di atti vincolanti per la parte che aderisce e si dice che i trattati istitutivi e le decisioni prese dalle istituzioni della Comunità sono obbligatori a partire dal momento dell'adesione.

In una posizione differente vengono posti un'altra categoria di strumenti.

Il primo paragrafo dell'articolo 3 parla di *decisioni* e *accordi* adottati dai rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in Consiglio così come ogni altro *accordo* concluso dagli Stati membri relativamente alle funzioni delle Comunità o connessi con le loro attività; il secondo parla degli accordi previsti nell'articolo 220; il terzo paragrafo, infine, dice che i nuovi Stati membri sono nella stessa posizione degli Stati originari per ciò che riguarda le *dichiarazioni*, *risoluzioni* o *altre posizioni* prese dal Consiglio nel rispetto di quelle riguardanti le Comunità Europee adottate tramite accordi degli Stati membri. Il paragrafo continua, poi, dicendo che i nuovi Stati membri osserveranno i *principi* e le *linee guida* derivanti da quelle dichiarazioni, risoluzioni o altre posizioni e prenderanno tutte le misure necessarie per garantire la loro applicazione.

Il genere di atti menzionati in questo terzo paragrafo sembra effettivamente corrispondere alle caratteristiche degli atti di *soft law*.

Onde appare evidente che, per la prima volta, si è fatto espresso riferimento alla loro concreta esistenza ed alla loro reale portata giuridica, pur senza entrare nel merito della forza che li caratterizza.

2.2. D'altra parte – come già sottolineato – l'effettiva esigenza di avvalersi di strumenti differenti dalle tradizionali fonti di produzione normativa ha cominciato ad essere avvertita con

maggiore vigore nel momento in cui gli obiettivi di realizzazione di un Mercato comune sembravano sfuggire di mano alle Istituzioni comunitarie.

La legislazione classica e le sue procedure decisionali formali, invero, a metà degli anni Ottanta si rivelavano incapaci di gestire l'apertura dei mercati e disciplinarne le dinamiche in forme qualitativamente e temporalmente adeguate.

La realizzazione del Mercato comune ha avuto un momento di forte rallentamento durante gli anni Settanta, cui la Corte ha cercato di porre rimedio, quando, nella celebre Sentenza *Cassis de Dijon*²⁵⁴, del 20 febbraio 1979, ha introdotto il noto principio della « *reconnaissance mutuelle* » derivante dalla teoria della *equivalenza delle legislazioni*.

La Corte affermò che gli Stati membri dovessero accettare la commercializzazione sul proprio territorio di ogni prodotto lecitamente fabbricato e messo in circolazione in un altro Stato membro, tranne che per *exigences impératives* derivanti da una regolamentazione nazionale applicabile indistintamente ai prodotti nazionali ed importati.

È questo il principio detto de « *l'Etat d'origine* ».

Fino a quel momento la libera circolazione delle merci era stata fortemente frenata dall'esistenza di *ostacoli tecnici* agli scambi risultanti da normative nazionali relative a condizioni di produzione, di messa in circolazione e di utilizzazione dei prodotti.

Ed invero, l'armonizzazione di tali regolamentazioni era compito arduo e difficoltoso soprattutto a causa del fatto che le Direttive previste a tal fine dall'allora articolo 100 (attuale articolo 95) dovevano essere adottate all'unanimità e comportavano la discussione su norme tecniche estremamente dettagliate al fine di rispondere alle esigenze del Consiglio di realizzare un'armonizzazione *ottimale o totale*.

L'elaborazione di tali Direttive comportava, dunque, un lavoro complesso che poteva essere spesso bloccato dalle perplessità anche di un solo Stato.

Onde è facilmente comprensibile la situazione di stallo nella quale versava le

²⁵⁴ Sentenza *Rewe Zentrale*, del 20 febbraio 1979, Causa 120/78, Rac. 1979, pag. 649.

regolamentazione del Mercato comune.

D'altra parte, la sola giurisprudenza della Corte non consentiva, in ogni caso, risolvere tutte le problematiche relative alle differenti legislazioni tecniche in materia di circolazione delle merci, soprattutto in relazione alle spesso richiamate *esigenze imperative* che sovente consentivano ad uno Stato membro di annullare gli effetti del principio dello Stato d'origine.

A seguito di tale Sentenza, allora, le Istituzioni comunitarie decisero di adottare una nuova strategia di armonizzazione normativa definita « *nouvelle approche* », fondata sulla instaurazione della *Normalizzazione europea*²⁵⁵ e sul principio della *Riconoscimento reciproco*.

A tal fine, la Commissione ha adottato due Atti che hanno segnato, in collaborazione con la detta giurisprudenza della Corte, un punto di svolta epocale nella concezione delle tecniche e procedure necessarie al completamento del Mercato comune.

Innanzitutto, la Commissione ha emanato il *Libro Bianco sul Mercato interno*²⁵⁶ del giugno 1985, nel quale si descriveva il *nuovo* approccio in maniera più approfondita, proponendo la strategia seguente :

« *la reconnaissance mutuelle des règles et des normes nationales qu'il n'est pas essentiel d'harmoniser, ce qui implique que la Commission détermine préalablement quelles sont les règles nationales excessives et constituant des obstacles contraires aux articles 28 et 30 (ex-articles 30 et 36) du traité ;*

l'harmonisation des législations, au moyen de directives fondées sur l'article 94, par l'établissement d'exigences essentielles en matière de santé et de sécurité afin de permettre la libre circulation des produits conformes à ces exigences ;

l'élaboration de normes européennes et, en attendant leur mise au point, l'acceptation mutuelle des normes nationales ».

Tale *Libro Bianco* preparava l'Atto unico europeo che conterrà una disposizione centrale in

²⁵⁵ La normalizzazione è una tecnica di armonizzazione consistente nell'affidare a degli Istituti di *normalizzazione* la elaborazione di standard regolamentari il cui rispetto da parte degli operatori economici privati permette ai loro rispettivi prodotti di circolare liberamente in tutti gli Stati membri.

²⁵⁶ COM(85)310 final.

materia di libera circolazione delle merci e di armonizzazione, l'articolo 95 (ex articolo 100 A) che permetterà l'adozione di atti a maggioranza qualificata in tutti i settori relativi allo stabilimento o al funzionamento del mercato interno.

Più recentemente, poi, la Commissione ha adottato un ulteriore atto, la *Comunicazione sull'applicazione del principio del riconoscimento reciproco nel mercato interno*, del 16 giugno 1999²⁵⁷.

Tale strumento di *soft law* propone una serie di iniziative miranti a migliorare la sorveglianza ed il riconoscimento reciproco.

A tal fine la Commissione ha proposto una distinzione tra tre livelli di protezione:

« un niveau de protection minimale :... c'est le niveau qui, selon les connaissances techniques et scientifiques, offre une sécurité minimale ; ce niveau ne peut pas être invoqué dans le cadre de l'application de la reconnaissance mutuelle si l'Etat membre de destination a choisi un niveau plus élevé de protection ;

un niveau élevé de protection :... c'est le niveau prévu par les traités et la jurisprudence de la Cour de justice. Les États membres sont en droit d'appliquer leur législation nationale quand elle a pour objectif d'atteindre un tel niveau élevé de protection ;

un niveau de protection disproportionné :... un Etat ne saurait imposer le respect d'un niveau de protection excessif, c'est-à-dire disproportionné, à savoir un niveau qui ne serait pas fondé sur des résultats scientifiquement acceptables ou justifiés par rapport à l'objectif à atteindre ».

L'analisi di questi due Atti adottati dalla Commissione suscita una riflessione obbligata.

Il perseguimento di uno degli obiettivi fondanti le Comunità Europee, cioè la realizzazione del mercato comune²⁵⁸ è stato reso effettivamente realizzabile soltanto mediante l'adozione di

²⁵⁷ COM (1999) 299 final.

²⁵⁸ Si legga, al riguardo, l'articolo 2 TCE, che recita "La Comunità ha il compito di promuovere nell'insieme della Comunità, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 4, uno sviluppo armonioso, equilibrato e

strumenti di natura giuridica attenuata, non riconosciuti dalla norma sulla produzione dei Trattati, rientranti nel più ampio *genus* del *soft law* comunitario.

Il *Libro Bianco* ha consentito, dunque, di dare nuovo slancio e vigore al progetto Comunitario, ma in maniera *soft*, mediante uno strumento la cui giuridicità è senza dubbio attenuata.

Tanto a riprova dell'innegabile determinante importanza che gli atti di *soft law* hanno cominciato a rivestire nell'ordinamento comunitario, sin da quando lo strumentario normativo tradizionale ha manifestato i primi segni di oggettiva difficoltà a supportare l'azione politica delle Istituzioni europee.

2.3. La dottrina dominante, tuttavia, ritiene che un incremento ed uno slancio fondamentale allo sviluppo del ricorso al *soft law* della Comunità in generale sia stato dato dal dibattito sviluppatosi in occasione dell'approvazione del Trattato sull'Unione europea sul *principio di sussidiarietà*.

La nozione di sussidiarietà riposa sull'idea secondo la quale « *les compétences doivent être exercées au niveau le plus proche possible des citoyens* »²⁵⁹.

Tale principio era inizialmente destinato a dare una risposta alle esigenze di maggiore trasparenza e democrazia nel processo decisionale comunitario²⁶⁰

Ed in effetti, gli Stati membri hanno avuto sempre più, nel corso degli anni, l'impressione di un movimento di espansione ineluttabile *ad infinitum* della regolamentazione comunitaria, in quanto ogni tipo di attività, anche ad esempio culturale o sanitaria, poteva essere analizzata e disciplinata da un punto di vista economico, nel perseguimento dell'obiettivo principale consistente nella realizzazione del Mercato interno.

sostenibile delle attività economiche, una crescita sostenibile e non inflazionistica, un elevato grado di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione dell'ambiente e il miglioramento di quest'ultimo, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri".

²⁵⁹ J.Jacque, *op. cit.*, pag. 148.

²⁶⁰ Si legga, al riguardo, M. Wilke, H. Fallace, *Subsidiarity: Approaches to Power-sharing in the European Community*, RIIA, Discussion Paper, 27, The Royal Institute of International Affairs, London, 1990.

Una tale situazione, del resto, non sollevava grandi problemi fintantoché il Consiglio decideva, per espressa previsione del trattato, all'unanimità.

I problemi cominciarono a sorgere quando, a seguito delle modifiche apportate dall'Atto unico europeo all'antico articolo 100 A, il Consiglio poteva ricorrere alla maggioranza qualificata per adottare i provvedimenti normativi ritenuti opportuni in vista della realizzazione del Mercato interno.

Ecco che gli Stati avvertirono, allora, un bisogno di sostituire al controllo politico esercitabile con il vecchio regime procedurale, un elemento che consentisse quantomeno un controllo giuridico delle azioni comunitarie, al fine di garantire il rispetto del principio delle competenze di attribuzione e tutelare l'autonomia degli Stati membri nei settori a loro riservati.

Nell'ottobre 1992, d'altra parte, la Commissione rivolse una *Comunicazione* al Parlamento ed al Consiglio nella quale affermò che, secondo il suo punto di vista, la nozione di sussidiarietà non comprendeva soltanto il problema di chi debba esercitare il potere legislativo in determinate materie.

Tale principio abbracciava anche il concetto di *proporzionalità*, inteso come indicatore delle modalità secondo le quali esercitare il potere, in caso di competenza.

Siffatto principio ha rappresentato il sostegno giuridico e la legittimazione più forte che il *soft law* potesse ricevere in ambito comunitario.

Ed invero, la Commissione ha interpretato la proporzionalità come nozione cardine volta ad attribuire carattere prioritario all'adozione di misure legislative che non abbiano forza vincolante, in quanto si diceva appunto che *“la principale scelta che interessa la sussidiarietà – intesa come proporzionalità – è quella tra misure vincolanti e non vincolanti...Se un'azione risulta necessaria per raggiungere gli scopi del Trattato, essa non deve essere sproporzionata; questo implica che gli strumenti più vincolanti dovrebbero essere utilizzati come ultima risorsa”*.

Tale interpretazione è stata condivisa e fatta propria dal Consiglio Europeo di Edimburgo, dell'11 e 12 dicembre 1992, il quale nelle *Conclusioni della Presidenza* ha ribadito che *“la forma*

dell'azione dovrebbe essere la più semplice possibile, conforme ad una realizzazione soddisfacente degli obiettivi della misura e alla necessità di una loro effettiva imposizione. La Comunità dovrebbe legiferare solo quando necessario. A parità di altre cose, le direttive dovrebbero essere preferite ai regolamenti e le direttive-cornice alle misure dettagliate. Gli atti non vincolanti come le raccomandazioni dovrebbero essere preferiti quando risultino adeguati. Bisognerebbe inoltre prestare attenzione, ove necessario, all'uso di codici di condotta volontari".

Insomma il principio direttivo dell'azione legislativa della Comunità diveniva addirittura quello di preferire il *soft law* all'utilizzo dell'*hard law*.

È in tale prospettiva che bisogna analizzare il ruolo del *diritto morbido* comunitario, e le sue assolute peculiarità rispetto ad altre manifestazioni di *soft law* statali o internazionali.

L'ordinamento giuridico comunitario, per espressa volontà del suo Legislatore globalmente inteso, preferisce a fonti tradizionali di diritto strumenti espressione di una giuridicità attenuata al fine di perseguire gli "obiettivi costituzionali" indicati in trattato.

E tale preferenza è sancita dall'affermazione di un principio guida cui l'attività legislativa deve sottostare pena il rischio di illiceità delle regole emanate.

*"Do less in order to do better"*²⁶¹.

È questa la direttrice del Legislatore comunitario.

Il Trattato di Amsterdam ha codificato tali principi nella disposizione di cui all'articolo 5, il quale recita al secondo paragrafo che *"nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati*

²⁶¹ Risoluzione del Consiglio, del 8 giugno 1996, su *Legislative and administrative simplification in the field of the internal market*, G.O. 1996, C 224/5.

meglio a livello comunitario”, ed al terzo paragrafo che “l’azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato”.

Ma in più, al Trattato di Amsterdam è stato allegato un intero *Protocollo sull’applicazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà*. Quest’ultimo ha provveduto a codificare in diritto cogente una parte rilevante delle Linee di condotta contenute nelle Conclusioni del Consiglio europeo di Edimburgo²⁶².

I due principi sottendono, quindi, alla corretta elaborazione normativa.

Il loro mancato rispetto, invero, ha determinato anche delle pronunce della Corte, la quale ha sottolineato, d’altra parte, che il controllo deve essere minimo e vertere esclusivamente sull’esistenza di un apprezzamento della sussidiarietà da parte dell’istituzione emanante e sull’assenza di errore manifesto di valutazione.

Chiarendo, del resto, che ciò che riveste importanza determinante è la motivazione dell’esame del principio di sussidiarietà²⁶³.

Lo stesso dicasi per il rispetto del principio di proporzionalità, il quale ha fatto oggetto di una vasta elaborazione giurisprudenziale²⁶⁴.

In conclusione, allora, possiamo concludere che l’attività legislativa comunitaria è soggetta al

²⁶² Il paragrafo 3 indica quali siano gli elementi da prendere in considerazione per valutare se sia stata rispettato il principio di sussidiarietà : « *Pour déterminer si les objectifs d’une action proposée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par l’action des Etats membres et peuvent être mieux réalisés par l’action de la Communauté, il convient de suivre les lignes directrices suivantes :*

- *la question examinée a des aspects transnationaux qui ne peuvent pas être réglés de manière satisfaisante par l’action des Etats membres;*
- *une action au seul niveau national ou l’absence d’action de la Communauté serait contraire aux exigences du Traité ou léserait grandement les intérêts des Etats membres;*
- *une action menée au niveau communautaire présenterait des avantages manifestes en raison de ses dimensions ou de ses effets par rapport à une action au niveau des Etats membres.*

La forme de l’action communautaire doit être aussi simple que possible, la préférence étant donnée à des directives plutôt qu’à des règlements et à des directives cadres plutôt qu’à des mesures détaillées ».

²⁶³ Sentenza, *Allemagne c/. Parlement et Conseil*, del 13 maggio 1997, Causa C-233/94, Rac. pag. I-3405.

²⁶⁴ Si vedano, tra le altre, Sentenza del 11 ottobre 1990, *Nespoli*, Rac. 1990, p. 3647; Sentenza del 13 novembre 1990 *Fedesa*; Sentenza del 26 febbraio 1991 Causa 154/89; Sentenza del 8 aprile 1992, Causa 62/90; Sentenza del 26 giugno 1990, *Vicenzo Zardi et Consorzio Agrario Provinciale di Ferrara*, Causa 8/89; Sentenza del 27 giugno 1990, *Firma Otto Lingenfelder et République Fédérale d’Allemagne*, Causa 118/89; Sentenza del 28 giugno 1990, *Firma Hoche et Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung*, Causa 174/89; Sentenza del 10 luglio 1990, *Anklagmyndighedelen et Hansen Son*, Causa 326/88; Sentenza 12 giugno 1990, *CCE c. contre République Italienne*, Causa 128/89; Sentenza del 12 luglio 1990, *Etat belge et Philipp Broters*, Causa 155/89.

rispetto di due principi intrinsecamente collegati tra loro, la sussidiarietà, rivolta a determinare se la competenza debba essere esercitata, e la proporzionalità, necessaria per determinare l'estensione e le portata dell'azione comunitaria da esercitare.

Entrambi hanno contribuito in misura determinante all'affermazione del ruolo prioritario del *soft law* nel quadro della produzione normativa comunitaria, assurgendolo al rango di *diritto effettivo* sebbene dotato di caratteristiche strutturali peculiari.

2.4. Tale impostazione della legislazione comunitaria ha trovato, poi, un nuovo risalto nel Consiglio europeo di Lisbona.

Nel marzo del 2000 si è tenuto a Lisbona un Consiglio Europeo straordinario dedicato ai temi economici e sociali dell'Unione Europea.

In tale sede sono state introdotte importanti novità nella *guidance* delle politiche economiche degli Stati membri e dell'area nel suo insieme.

Innanzitutto viene istituzionalizzato il Consiglio Europeo di Primavera, un Vertice tra i Capi di Stato e di Governo da tenersi ogni anno a marzo e focalizzato interamente sui temi economici e sociali; viene inoltre rivendicato il ruolo cruciale del Consiglio Europeo nel definire le priorità di policy a livello comunitario.

In secondo luogo, viene definito un obiettivo strategico decennale e una strategia per attuarlo, la cosiddetta "Strategia di Lisbona". Infine, viene delineato un processo di coordinamento economico europeo in grado di rafforzare l'attuazione della strategia; tale processo prende avvio, ciascun anno, dal Consiglio Europeo di Primavera e si sviluppa nell'arco dell'intero anno tentando di conciliare i lavori delle diverse formazioni del Consiglio dell'Unione Europea.

L'obiettivo posto a Lisbona è molto ambizioso e si propone, in dieci anni, di far divenire l'Europa "*l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale*".

Uno degli strumenti attraverso i quali questa strategia potrà essere attuata consiste nell'introduzione di un **nuovo metodo di coordinamento aperto** (M.A.C.) a tutti i livelli, associato al potenziamento del ruolo di guida e di coordinamento del Consiglio europeo ai fini di una direzione strategica più coerente e di un efficace monitoraggio dei progressi compiuti.

Il punto 37 delle *Conclusioni* descrivono nel dettaglio tale nuova forma di *governance*, fondata su strumenti anch'essi di *soft law* : *“L’attuazione dell’obiettivo strategico sarà agevolata dall’applicazione di un nuovo metodo di coordinamento aperto inteso come strumento per diffondere le buone prassi e conseguire una maggiore convergenza verso le finalità principali dell’UE. Tale metodo, concepito per assistere gli Stati membri nell’elaborazione progressiva delle loro politiche, implica:*

- *la definizione di **orientamenti** dell’Unione in combinazione con calendari specifici per il conseguimento degli obiettivi da essi fissati a breve, medio e lungo termine;*
- *la determinazione, se del caso, di **indicatori quantitativi e qualitativi** e di **parametri** di riferimento ai massimi livelli mondiali, commisurati alle necessità di diversi Stati membri e settori, intesi come strumenti per confrontare le buone prassi;*
- *la trasposizione di detti orientamenti europei nelle politiche nazionali e regionali fissando **obiettivi specifici** e adottando misure che tengano conto delle diversità nazionali e regionali;*
- *periodico svolgimento di **attività di monitoraggio**, verifica e valutazione inter pares, organizzate nel quadro di un processo di apprendimento reciproco.*

38. *Un’impostazione totalmente decentrata sarà applicata coerentemente con il principio di sussidiarietà, a cui l’Unione, gli Stati membri, i livelli regionali e locali, nonché le parti sociali e la società civile parteciperanno attivamente mediante diverse forme di partenariato. Un metodo di **analisi comparativa delle buone prassi** in materia di gestione del cambiamento sarà messo a punto dalla Commissione europea, di concerto con vari fornitori e utenti, segnatamente le parti sociali, le imprese e le ONG”.*

Ancora una volta, dunque, le istituzioni comunitarie individuano negli Atti e procedure di *soft law* gli strumenti più adeguati al raggiungimento degli scopi e degli obiettivi politici prefissati.

In tale circostanza si è addirittura istituzionalizzata una nuova procedura di *governance* fondata sulla cultura dell'esempio e delle *best practices*, piuttosto che su moduli procedurali rigidi e di difficile attuazione pratica.

2.5. Tuttavia, tale lungo dibattito relativo alle necessità di trovare nuove forme di produzione normativa in grado di surrogare le tradizionali fonti giuridiche comunitarie, ha trovato nuovo vigore ed impeto a seguito dell'emanazione da parte della Commissione di un c.d. *work programme for the White paper on European governance* nel quale si è affrontato il tema della “*better EU governance*”.

La discussione ha condotto all'adozione, nel luglio del 2001, del *White Paper on European Governance*²⁶⁵.

Tale documento riassumeva le preoccupazioni relative all'ambiente regolamentare comunitario, indicando delle linee guida da seguire al fine di migliorare la qualità della legislazione e di avvicinare i cittadini alle istituzioni.

Ed invero si legge nel *Livre Blanc* che « *les dirigeants politiques de toute l'Europe sont aujourd'hui confrontés à un véritable paradoxe. D'une part, les citoyens européens attendent d'eux qu'ils apportent des solutions aux grands problèmes de nos sociétés. D'autre part, ces mêmes citoyens ont de moins en moins confiance dans les institutions et la politique, ou tout simplement s'en désintéressent.*

Le Livre blanc sur la gouvernance européenne porte sur la manière dont l'Union utilise les pouvoirs qui lui sont conférés par ses citoyens. Cette réforme doit commencer dès à présent, afin que les changements soient ressentis bien avant de nouvelles modifications des traités de l'Union...

²⁶⁵ Bruxelles, 25.7.2001, COM(2001) 428 finale.

*Dans le cas où elle légifère, l'Union doit trouver les moyens d'accélérer le processus législatif. Elle doit trouver le juste équilibre entre l'imposition d'une approche uniforme là où elle est nécessaire et l'introduction d'une **plus grande souplesse** dans la manière dont les règles sont appliquées sur le terrain. Elle doit renforcer la confiance dans la façon dont l'opinion des experts influence les décisions politiques.*

*La Commission: · encouragera un usage accru de **différents instruments** de politique publique (règlements, directives-cadres, **mécanismes de corégulation**);· simplifiera davantage le droit communautaire existant et encouragera les États membres à simplifier les réglementations nationales qui mettent en œuvre les dispositions communautaires;· établira des **lignes directrices** pour recueillir et utiliser l'expertise, de façon à permettre de savoir clairement quel avis est donné, d'où il provient, comment il est utilisé et quelles autres opinions s'expriment.*

À cet effet, l'Union doit mieux combiner divers instruments de politique publique comme la législation, le dialogue social, le financement structurel et les programmes d'action. Elle contribuerait ainsi à renforcer la méthode communautaire.

La réforme de la gouvernance européenne suppose impérativement un recentrage de la Commission sur sa mission essentielle. Les propositions contenues dans le présent document amélioreront la manière dont elle élabore ses initiatives. Elles apporteront davantage de clarté et d'efficacité dans l'exécution des politiques et maximiseront les effets des actions menées par la Commission en sa qualité de gardienne du traité.

Cinq principes sont à la base d'une bonne gouvernance et des changements proposés dans le présent Livre blanc: ouverture, participation, responsabilité, efficacité et cohérence ».

Ciò che emerge, allora, in tale documento di *soft law* è, ancora una volta, il ruolo determinante attribuito a strumenti di natura *soft* , in quali, questa volta, non sono considerati soltanto in grado di sostenere le difficoltà delle legislazione ordinaria, ma sono visti come elementi capaci di avvicinare le istituzioni ai cittadini e migliorare le forme di *governance* comunitarie.

Tale valutazione è stata, del resto, rinforzata dal successivo *Accord interinstitutionnel* «*Mieux légiférer*»²⁶⁶ con il quale il Parlamento, il Consiglio e la Commissione hanno fatto seguito alle indicazioni del Libro Bianco affrontando nello specifico le tematiche relative alla *corégulation* (*co-regulation*) ed altresì alla c.d. *autorégulation* (*self-regulation*).

A tal riguardo l'Accordo Interistituzionale ha affermato che «*on entend par **corégulation** le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations).*

Un tel mécanisme peut être utilisé sur la base de critères définis dans l'acte législatif pour assurer l'adaptation de la législation aux problèmes et aux secteurs concernés, alléger le travail législatif en se concentrant sur les aspects essentiels, et profiter de l'expérience des parties concernées...

L'acte législatif qui sert de base à un mécanisme de corégulation indique l'étendue possible de la corégulation dans le domaine concerné. L'autorité législative compétente définit dans ledit acte les mesures pertinentes pour le suivi de l'application, en cas de non-respect par une ou plusieurs parties impliquées ou en cas d'échec de l'accord. Ces mesures peuvent consister, par exemple, à prévoir une information régulière de l'autorité législative par la Commission sur le suivi de l'application, ou une clause de révision selon laquelle la Commission fait rapport au terme d'un certain délai et propose, le cas échéant, une modification de l'acte législatif ou toute autre mesure législative appropriée.

22. On entend par **autorégulation** la possibilité pour les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations, d'adopter entre eux et pour eux mêmes des lignes directrices communes au niveau européen (notamment codes de

²⁶⁶ Adottato il 16 dicembre 2003, G.O. 2003, C 321/01.

conduite ou accords sectoriels).

En règle générale, ces initiatives volontaires n'impliquent pas de prise de position de la part des institutions, notamment lorsqu'elles interviennent dans des domaines non couverts par les traités ou dans lesquels l'Union n'a pas encore légiféré. Dans le cadre de ses responsabilités, la Commission examine les pratiques d'autorégulation, afin de vérifier leur conformité avec les dispositions du traité CE... ».

Alla luce di tali considerazioni, emerge, allora, con evidenza che il *soft law* comunitario rappresenta qualcosa in più di una semplice debole alternativa alle deficienze strutturali dell'*hard law*.

Ed invero, il *diritto morbido* rappresenta un mezzo attraverso il quale le istituzioni comunitarie intendono rispettare il principio di sussidiarietà e proporzionalità della legislazione comunitaria.

Ma costituisce, altresì, uno strumento in grado di avvicinare, nelle sue forme dell'auto-regolazione e della co-regolazione, le istituzioni e le sue norme ai cittadini destinatari di esse.

Ancora una volta, dunque, ci si accorge che, alla stessa stregua delle motivazioni che spingono a ricorrere a fonti di diritto *soft*²⁶⁷, anche le finalità pratiche cui assolvono gli strumenti di *diritto morbido* sono differenti ed eterogenee tra loro, così come variegata sono le espressioni e manifestazioni concrete che la dottrina include nel più ampio concetto di *soft law*.

Ciò che, però, merita di essere, ancora una volta, sottolineato è il ruolo e l'importanza determinante che la *giuridicità attenuata* ricopre nella dinamica istituzionale della Comunità europea, al pari delle tradizionali forme di *giuridicità forte e vincolante*.

Il *soft law* comunitario è un elemento fondante dell'ordinamento comunitario, il cui utilizzo risponde a motivazioni e finalità autonomamente rinvenibili nelle sue peculiari caratteristiche

²⁶⁷ Si rimanda alle conclusioni di cui al par. 1.4. del presente Capitolo.

strutturali, e non solo a mere inadeguatezze regolamentari e procedurali dell' *hard law*.

3. Una definizione di EU soft law

Nella prima parte del presente lavoro abbiamo già indicato alcune delle più ricorrenti espressioni utilizzate in dottrina per tentare di definire il *soft law* in maniera tale da rinvenire una matrice comune alle sue differenti manifestazioni pratiche.

Ciò che qui è interessante evidenziare è che le varie definizioni sopra riportate prendevano tutte spunto dall'analisi del *soft law* in diritto comunitario.

3.1. In dottrina, cioè, si è cominciato a prestare attenzione specifica al *soft law* a partire dall'analisi delle sue dinamiche all'interno della Comunità Europea.

Il primo approfondito studio in materia risale al lavoro di Wellens e Borchardt, i quali nell'analisi del *Soft law in European Community law*, hanno proposto la loro definizione per la quale il diritto morbido comunitario è costituito da “ *rules of conduct which find themselves on the legally non-binding level (in the sense of enforceable and sanctionable), but which according to their drafters have to be awarded a legal scope, that has to be specified at every turn and therefore do not show a uniform value of intensity with regard to their legal scope, but do have in common that they are directed at (intention of the drafters) and have as effect (through the medium of Community legal order) that they influence the conduct of Member States, institutions, undertaking and individuals, however without containing Community rights and obligations* ” ²⁶⁸.

Il successivo studio in materia è quello svolto da Thürer, intitolato *The Role of Soft law in the Actual Process of European Integration*, il quale ha parlato di “ *commitments which are more than policy statements but less than law in its strict sense. They all have in common, without being*

²⁶⁸ G.Borchardt and K. Wellens, *Soft Law in European Community law*, cit., pag. 285.

*binding as a matter of law, a certain proximity to the law or a certain legal relevance”*²⁶⁹

Qualche anno più tardi, poi, è apparso un articolo estremamente interessante di F. Snyder, intitolato *Soft law and Institutional Practice in the European Community*, il quale ha proposto un definizione più concisa, indicando il *soft law* come un complesso di “ *rules of conduct which in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effect*”²⁷⁰.

Nella stessa direzione, infine, va anche l’ulteriore definizione adottata da L. Senden, nel suo *Soft Law in European Community Law*, secondo la quale esistono dei caratteri comuni a tutte le variegate manifestazioni pratiche considerate *soft law*, i quali sono da rinvenire nella presenza di “*rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (in direct) legal effects, and that are aimed and may produce practical effects*”²⁷¹.

Insomma ciò che caratterizza, secondo la dottrina dominante, i vari strumenti di *soft law* comunitari è il loro essere costituiti da “...dichiarazioni il cui intento è normativo (nel senso di volto a influenzare la condotta dei destinatari)...definite...come carenti di una piena forza giuridica vincolante, anche perché spesso consistenti nella raccomandazione o indicazione di un corso d’azione come auspicabile, senza che la mancata adesione da parte dei destinatari generi...l’obbligo di far seguire una sanzione prestabilita”²⁷².

3.2. L’elemento comune a tutte queste definizioni, dunque, è la constatazione che per poter

²⁶⁹ Thürer, *The Role of Soft law in the Actual Process of European Integration*, in O Jacot-Guillarmod and Pescatore (eds), *L’avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?* Schultess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1990, pag. 131.

²⁷⁰ F.SNYDER, *Soft law and Institutional Practice in the European Community*, in S.MARTIN, *The Construction of Europe: Essays in honour of Emile Noël*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1994, pp. 198. Identica definizione è fatta propria da D.M.TRUBEK, P. COTTREL and M.NANCE, “*Soft law*”, “*Hard Law*” and *European Integration: Toward a Theory of Hybridity*”, Jean Monnet Working Paper 2/05, New York, 2005.

²⁷¹ L.SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pag. 112.

²⁷² La Spina A. – Majone G., *Lo Stato regolatore*, il Mulino, 1998, pag. 87.

individuare regole di condotta ad efficacia vincolante *soft*, è necessario il concorso di due fattori.

3.2.1. Innanzitutto, è indispensabile che i precetti di diritto *attenuato* siano contenuti in atti non espressamente riconosciuti dall'ordinamento quali fonti formali di produzione normativa.

Tralasciando la vicenda degli Statuti Regionali, sopra analizzata, noi siamo dell'avviso che una norma contenuta in una fonte di produzione del diritto tradizionale non possa giammai considerarsi alla stregua di una regola di *soft law*. Anche nell'ipotesi estrema, nella quale si volessero considerare dei precetti di natura programmatica come regole meta-giuridiche, allora bisognerebbe valutare tali regole alla stregua di valutazioni di carattere politico, ma certamente non di carattere giuridico attenuato.

Una norma contenuta in una fonte di diritto o costituisce *hard law* oppure rappresenta un mero proclama *politico*, non vi è altra alternativa.

Onde, caratteristica principale di una regola di *soft law* è il suo essere contenuta in uno strumento diverso da quelli tradizionalmente abilitati a produrre diritto *hard*.

3.2.2. In secondo luogo, poi, è necessario che la emanazione di tali precetti sia accompagnata da una volontà normativa dei loro rispettivi autori.

È indispensabile che l'organo o l'istituzione che dispone una regola, mediante uno strumento non formalmente riconosciuto dall'ordinamento quale fonte giuridica, lo faccia con un'*intentio iuris*, volta ad introdurre un precetto capace di *condizionare stabilmente* i comportamenti di tutti i suoi destinatari, pubblici o privati che siano.

Certo, l'individuazione della *voluntas iuris* non è cosa semplice.

Ma la Corte di Giustizia, in varie occasioni, ha fatto un po' di chiarezza evidenziando come un'indagine teleologica possa essere agevolata dal ricorrere di alcuni indicatori che consentono di presumere relativamente l'esistenza di uno scopo normativo.

A tal proposito, nella Sentenza *Sucrimex*²⁷³, la Corte ha considerato che un messaggio inviato via telex da parte della Commissione non potesse avere effetti legali vincolanti.

²⁷³ Causa 133/79, Rac., 1980, pag. 1299.

Allo stesso modo, nella Sentenza *Regione Toscana c/. Consiglio*²⁷⁴, il Tribunale di prima istanza, relativamente ad una lettera della Commissione, ha sostenuto che la manifestazione per iscritto dell'opinione di un'istituzione comunitaria non potesse costituire una decisione nei confronti della quale procedere ad un'azione in annullamento, in quanto incapace di produrre effetti giuridici vincolanti.

La stessa linea giurisprudenziale, seppur con conclusione differente, è rinvenibile altresì nella Sentenza *France c/. Commission*²⁷⁵, laddove la Corte ha ritenuto che la Comunicazione della Commissione sul mercato interno per i fondi pensione rivestisse carattere indiscutibilmente vincolante a causa del complesso delle espressioni e termini utilizzati, quali ad esempio “*shall*” in luogo di “*should*”.

Nella medesima direzione, infine, va un'ulteriore Sentenza *France c/. Commission*²⁷⁶, nella quale la Corte ha attribuito, questa volta, importanza determinante, ai fini della valutazione dell'esistenza di volontà normativa, all'eventuale pubblicazione o notifica agli interessati dell'atto adottato.

3.2.3. Questi, dunque, sono i due elementi strutturali che sembrano dover ricorrere affinché una regola inserita in uno strumento formalmente non normativo possa essere qualificata eventualmente di *soft law*.

A nostro parere, d'altro canto, è necessaria la presenza di un'ulteriore caratteristica strutturale, cioè l'*astrattezza* e la *generalità* del precetto considerato.

Al riguardo, sentiamo di condividere appieno le considerazioni per le quali “*soft law is mainly concerned with rules of conduct, meaning rules that are of a general normative nature. They are not directed towards a particular individual or individuals*”²⁷⁷.

È indispensabile, cioè, che il precetto di *soft law* presenti delle caratteristiche strutturali

²⁷⁴ Causa T-81/97, Rac., 1998, pag. II-2889, par. 22.

²⁷⁵ Causa C-57/95, Rac., 1997, pag. I-1640.

²⁷⁶ Causa C-325/91, Rac., 1993, pag. I-3283, laddove la Corte evidenzia che la comunicazione fosse rivolta agli Stati membri in quanto ad essi notificata.

²⁷⁷ A. Cosma and R. Whish, *op. cit.*, pag. 29; sul tema, del resto, si esprime nei medesimi termini anche L. Senden and S. Prechall, *Differentiation in and through Community Soft Law*, The Many Faces of Differentiation in EU Law, Intersentia Antwerpen-Oxford-New York, 2001.

quanto meno simili a quelle delle norme giuridiche di *hard law*, quali la vocazione a disciplinare casi astratti e fattispecie ipotetiche di destinatari, altrimenti ci troveremmo in presenza di una decisione individuale di natura eventualmente amministrativa, la cui efficacia dovrà essere valutata alla luce di altri differenti parametri propri del diritto amministrativo comunitario o statale.

Queste sono, dunque, le caratteristiche peculiari ultime che sembrano ricorrere in tutte le varie, differenti forme di *giuridicità attenuata*, e senza le quali crediamo sia difficile immaginare di avere realmente *soft law*.

Onde, soltanto una regola contenuta in uno strumento formalmente non abilitato a produrre *diritto*, il cui scopo fondamentale sia quello di disciplinare in via normativa delle fattispecie generali ed astratte, presenta le peculiarità necessarie a considerarla alla stregua di un precetto di *soft law*.

4. La tradizionale classificazione funzionale del *soft law* comunitario;

In dottrina si è lungamente dibattuto, del resto, su quelle che fossero le caratteristiche funzionali complessivi degli atti di *soft law*.

Ci si è interrogati sugli *scopi legali* propri degli strumenti dotati di forza giuridica *attenuata* nel quadro dell'ordinamento giuridico comunitario.

4.1. Wellens e Borchardt hanno, per primi, analizzato tale problematica nel corso della loro, ormai nota, ricerca affermando che “*considering what has been set forth already we now arrive at the question of the effect of Community soft law in other words the problem of the legal scope of non-binding rules of conduct of Community law*”²⁷⁸.

²⁷⁸ Wellens and Borchardt, *op. cit.*, pag. 309.

Tali autori hanno individuato ben otto scopi legali cui assolvono nella prassi tutti gli atti di *soft law*.

4.1.1. In primo luogo, “...*soft law laid down in recommendatory texts has as its consequence that the object of the rule of conduct disappears from the domestic jurisdiction of states and will be subjected to common or Community concern*”.

In tale prospettiva il *soft law* può rappresentare l’incentivo legale all’esercizio di nuovi poteri e competenze per la Comunità, con la piena consapevolezza, però che “...*the principle of acquis communautaire equally applies both to Community hard law and Community soft law. The irreversible transfer of power to the Community entails that, in case soft law does not develop into hard law, this not mean that the subject matter governed by Community soft law will flow back into the sphere of competence of the Member States may be after long period of time*”.

4.1.2. In secondo luogo il *soft law* può servire come base legale per la promulgazione di legislazioni nazionali che si adeguino a tali regole di condotta o come vera e propria *giustificazione* per la condotta statale che si è tenuta conforme a tali precetti *morbidi*.

Questo effetto è apparso chiaro in occasione dell’Atto di Adesione di Regno Unito, Danimarca ed Irlanda, il quale all’articolo 3, paragrafo 3, ha imposto il rispetto dei principi e linee direttive delle dichiarazioni, risoluzioni ad altre posizioni esistenti, ed obbligato all’adozione di tutte le misure necessarie ad assicurare la loro applicazione.

4.1.3. Molte volte, poi, tale tipo di atto viene utilizzato per creare e esercitare nuovi poteri in capo all’Unione o all’interno dei suoi organi. Ed in tal senso, allora, il *soft law* provvede a fornire una struttura legale per le future discussioni o trattative tra gli Stati o tra questi e le organizzazioni internazionali, con una più o meno spiccata forma programmatica. Questo effetto è legato agli atti delle Riunioni periodiche del Consiglio Europeo dal 1969 al 1974 e dalle decisioni del Consiglio Europeo.

4.1.4. Ancora, il *soft law* determina la creazione di aspettative in capo agli Stati o agli operatori economici privati che la loro rispettiva condotta sia conforme a tali regole non vincolanti.

“In this regard it is correct to speak of commitments (legal) and expectations (legal)”.

Un esempio chiaro, in tal senso, è fornito dagli *announcement* della Commissione nel contesto del vecchio articolo 85 TCEE rivolto alle corporazioni e pubblicato sul Giornale ufficiale. In riferimento al vecchio articolo 155 – sostengono tali autori – le indicazioni fornite in materia di concorrenza dalla Commissione rappresentano una sorte di *parere*, ma di natura *“assez particulier dans la mesure où il émane de l’autorité titulaire du pouvoir de décision et qu’il définit la position que celle-ci adoptera dans l’exercice de ce pouvoir”*²⁷⁹.

Lo stesso dicasi, del resto, per le *linee di condotta* in materia di “aiuti di Stato”, le quali permettono alla Commissione *“de guider les Etats membres dans l’élaboration de leurs initiatives ou ans l’adaptation aux exigences du marché commun des aides existantes”*²⁸⁰.

4.1.5. Durante il processo di creazione delle norme di *hard law*, inoltre, il *soft law* può avere un legittimo effetto proibitivo o prescrittivo prima che tali norme siano entrate in vigore, onde *“the temporal element will play an important role in this regard”*.

Un esempio è rappresentato dalla decisione del Consiglio e dei rappresentanti del governo degli Stati membri sulla realizzazione dell’Unione economica e monetaria²⁸¹.

4.1.6. Ancora, i due studiosi ritengono che vi siano, in ambito comunitario, degli strumenti simili ad atti di *soft law* adottati da organizzazioni internazionali, che diventano vincolanti a causa della pratica corrente degli organi di tali organizzazioni internazionali.

A tal proposito, si menziona la Dichiarazione congiunta del Parlamento, Consiglio e

²⁷⁹ Si legga, a riguardo, M. Melchior, *Les communications de la Commission. Contribution à l’étude des actes communautaires non prévus par les Traités*, in Mélanges Fernand Dehousse, Vol. 2, La Construction Européenne, ed. Labor, Bruxelles, 1979, pag. 249.

²⁸⁰ M. Melchior, *op. cit.*, pag. 250.

²⁸¹ G.O. 1971, C 28/1.

Commissione sul rispetto dei diritti fondamentali, del 5 Aprile 1977²⁸².

4.1.7. Il *soft law* in altre circostanze, invece, determina una sorta di *stand still effect* sulla condotta statale che si discosti dalle sue indicazioni, pur non ponendosi in contrasto con diritti ed obbligazioni di natura vincolante.

È questo il caso, ad esempio, della Risoluzione del Consiglio europeo del 5 dicembre 1978, sull'introduzione del Sistema Monetario Europeo. Una modificazione dei tassi di cambio che non rispetti le procedure di consultazione previste dalla Risoluzione sarebbe stato considerato un vero e proprio inadempimento ed in esecuzione di obblighi comunitari, sebbene nessuna regola di *hard law* fosse stata violata.

4.1.8. Infine, il *soft law*, può altresì essere utilizzato come uno strumento di interpretazione delle norme del trattato o di regole consuetudinarie, fermo restando il rispetto delle previsioni di natura *hard*.

A ben vedere, tale rappresentazione fornita dallo studio analizzato, non provvede ad operare alcun tipo di razionalizzazione ed organizzazione della fenomenologia presente nella prassi.

Wellens e Borchardt, invero, hanno evidenziato gli effetti pratici di natura *legale* che tutti gli strumenti considerati *european soft law* sono in grado di sviluppare nell'ordinamento comunitario, proponendo al lettore una panoramica certamente completa – per l'epoca in cui lo studio è stato condotto – ma tuttavia non ridotta a sistema.

4.2. Qualche anno dopo, l'analisi sviluppata da Thurer conduceva già ad un primo tentativo di organizzazione sistematica dei potenziali effetti pratici propri di tutte le innumerevoli forme di *soft law* comunitario²⁸³.

²⁸² G.O. 1977, C 103.

²⁸³ D. Thurer, *op. cit.*, pag. 132-133.

A tal proposito tale studioso ha sostenuto che *“those standards, principles or rules which have no legal character as such but are closely connected with rules of law in that they :*

- play a considerable role in the preparation of emerging rules (pre-law function);*
- are guide for the interpretation of legal rules;*
- are capable of producing certain legal effects on the basis of the principle of good faith even though they are not part of the law as such;*
- are structured in several respects in a comparable way to legal rules (para-law function) meaning that the various principles of law can be applied to them by analogy”.*

In tale riflessione, è possibile, dunque, già riscontrare un primo abbozzato tentativo di inquadrare da un punto di vista sistematico gli scopi e le funzioni legali cui possono assolvere i vari atti di *soft law*.

4.3. Ancora più approfondita, in tal senso, appare l'analisi svolta, più recentemente, da altri studiosi i quali hanno evidenziato che il *diritto morbido*, *“in her infinite variety”* assolve a vari compiti²⁸⁴.

4.3.1. Innanzitutto il *“soft law may supplement hard law”*, in quanto *“in a number cases can be seen where the ECJ has itself used soft law measures in the interpretation of EC obligation, or has instructed national courts to do so”*.

4.3.2. In secondo luogo, il *soft law* può essere considerato *“as proto-law”*. Ed invero, *“they may be occasions where it can be seen that hard law measures have been preceded by similar obligation cast in soft forms”*²⁸⁵.

4.3.3. Ancora, il *soft law* è talvolta utilizzato *“as soft pedalling”*, dal momento che *“...may be used to encourage compliance with legal obligations where enforcement would be impossible or*

²⁸⁴ Si legga, in particolar modo, F. Beveridge and S. Nott, *A hard look at soft law*, in *Lawmaking in the European Union*, 1998, pagg. 285-309.

²⁸⁵ Per un esempio, si rinvia all'analisi della Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989.

would be politically unwise”²⁸⁶.

4.3.4. In altre circostanze il *diritto morbido* è inteso “as subsidiarity”, in riferimento al Summit di Edimburgo, laddove si è richiamata la necessità di preferire, ove possibile, misure non vincolanti a fonti di diritto tradizionali.

4.3.5. In determinate ipotesi, poi, il *soft law* è inteso “as a normative guide to community action”²⁸⁷, nel senso di avere “a legitimising function for the EC institutions themselves, allowing them to develop an interest in areas where they have no legislative competence”.

4.3.6. Infine, il *soft law* è visto “as empowerment” dal momento che “it can be argued that the different routes through which normative standards can be negotiated and/or behaviour altered offer different configurations in the balance of the power surrounding lawmaking, and that this can be utilised to advantage by weak groups”.

Tale analisi, del resto, pur cercando di tener in debita considerazione tutte le varie sfaccettature del *soft law* comunitario, dà l'impressione di confondere, talvolta, le *funzioni legali* degli strumenti di *diritto morbido* con le motivazioni o le esigenze che spingono le istituzioni comunitarie ad utilizzare in misura sempre maggiore nuove forme di giuridicità attenuate²⁸⁸.

4.4. È innegabile, allora, che lo studio cui si deve il merito di aver analizzato e razionalizzato con maggiore lucidità la tematica concernente gli *scopi legali* degli atti comunitari di *droit mou* è quello condotto da L. Senden²⁸⁹, la quale ha compiuto un grande sforzo sistematico.

4.4.1. L'autrice ha ritenuto opportuno distinguere e organizzare gli strumenti di *soft law* in tre grandi categorie cui corrispondono, o dovrebbero corrispondere, tre grandi funzioni.

La prima categoria di atti può essere considerata quella dei c.d. *preparatory end informative*

²⁸⁶ Si rinvia, a tal proposito alla “EU Recommendation on the protection of the dignity of women and men at work and code of practice on measures to combat sexual harassment”, G.O. 1992, C 27/1.

²⁸⁷ Le autrici parlano ad esempio delle varie Risoluzioni in materia di politica educativa, oppure alle Dichiarazioni delle Istituzioni europee in materia di adesione alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali.

²⁸⁸ Analisi svolta nei paragrafi 2 e 3 del presente Capitolo.

²⁸⁹ L. Senden, *op. cit.*

instruments.

In questa categoria si fanno rientrare, in particolare, i Libri Verdi, i Libri Bianchi, le Azioni programmatiche o le Comunicazioni informative.

La seconda categoria comprende i c.d. *interpretative and decisional instruments*.

Tali strumenti contribuiscono all'interpretazione ed all'applicazione del diritto comunitario vigente. Alcuni di questi atti, inoltre, consentono, in taluni casi²⁹⁰, di limitare e circoscrivere l'ambito di azione discrezionale delle istituzioni comunitarie

La terza ed ultima categoria, racchiude, invece, i c.d. *steering instruments*.

In questi atti rientrano sia le Raccomandazioni ed i Pareri di cui all'articolo 249, sia tutta quella vasta fenomenologia di strumenti mediante i quali le istituzioni dettano regole in materia di cooperazione o armonizzazione dell'azione statale.

4.4.2. Per quanto riguarda, poi, la classificazione relativa agli obiettivi e alle funzioni dei vari strumenti di *diritto morbido*, l'autrice ha inteso svilupparla a partire dal rapporto che il *soft law* intrattiene con la legislazione *hard* in vigore.

Questa relazione può essere espressa distinguendo tra tre macro-funzioni.

La prima è la c.d. *pre-law function*.

Tale obiettivo può essere inteso in due modi differenti. Da un lato possono essere ricompresi strumenti il cui compito è realmente quello di elaborare e preparare le future regole e politiche comunitarie. Da un altro si fanno rientrare atti la cui funzione preparatoria è più sostanziale che formale, poiché essi contribuiscono, nei fatti, a facilitare l'adozione di legislazioni di natura *hard* che traggono vantaggio dalla preesistenza di una regola più che politica.

La seconda è la c.d. *post-law function*.

Essa include tutti gli strumenti adottati successivamente all'adozione di una disciplina giuridica vincolante, al fine di supportare, sostenere la legislazione primaria o secondaria tanto nella

²⁹⁰ Si pensi al settore del diritto della concorrenza o al campo degli aiuti di Stato.

sua corretta interpretazione in sede giurisprudenziale, quanto nella sua corretta applicazione in sede esecutiva ed amministrativa.

La terza ed ultima è la c.d. *para-law function*.

Tale categoria racchiude in sé tutti quegli atti che l'autrice considera essere utilizzati in effettiva alternativa alla legislazione ordinaria tradizionale.

Orbene, tale sforzo teorico e dottrinale è assolutamente apprezzabile e in grado di fornire una rappresentazione organica della vasta massa informe di strumenti di *soft law*.

Tuttavia, le classificazioni elaborate non sempre sono in grado di legare a sé le manifestazioni pratiche delle varie funzioni legali del *soft law*.

Del resto, la stessa autrice ha, con encomiabile rigore ed onestà metodologica, evidenziato le lacune proprie di una siffatta organizzazione sistemica del *diritto attenuato* comunitario²⁹¹.

Ed invero, accade non di rado che un atto considerato, secondo tale rappresentazione, di *para-law function* assolva a compiti di *pre-law function* o viceversa, e che uno strumento ritenuto di *post-law function* si riveli, in realtà in grado di svolgere una funzione effettivamente *para-law* o talvolta addirittura *pre-law*.

Insomma, l'analisi empirica dimostra la reale, effettiva e frequente interazione e commistione delle funzioni svolte dagli strumenti di *diritto attenuato*, dalla quale non si può, a nostro avviso, prescindere, se non con evidenti e discutibili forzature.

D'altra parte, lo sforzo della Prof. Senden, è rivolto soprattutto alla individuazione degli strumenti in grado di porsi come reali alternative alla legislazione tradizionale, in quanto soltanto questi ultimi determinerebbero delle problematiche rilevanti e dei rischi per l'integrità dell'ordinamento giuridico comunitario.

Insomma, la classificazione operata dall'autrice è funzionale alla distinzione di una serie di

²⁹¹ Si veda L. Senden, *op. cit.*, par. 4.7 *Approach and delimitation*, pag. 120.

atti di *soft law* il cui studio suscita maggiore interesse a causa della loro portata potenzialmente distruttiva dei principi cardine dell'ordine su cui si fonda la comunità giuridica europea.

Gli strumenti considerati effettivamente pericolosi, in tal senso, sono quelli che assolvono ad una *para-law function*, onde ciò che interessa, nella prospettiva dell'autrice è riuscire a delimitare e differenziare questi ultimi da tutti gli altri, i quali, pur destando interesse teorico e dottrinale, non porrebbero, tuttavia, problemi di natura politico-giuridico-istituzionale.

5. Il soft law ed il sistema delle fonti comunitario : una sistemazione teorica possibile?

Prima di avanzare una nostra possibile risposta alle difficoltà sistematiche riscontrate nelle proposte sopra analizzate, riteniamo opportuno concludere l'analisi delle posizioni dottrinali in materia di *soft law* rivolti ad una comprensione del fenomeno e ad una sua riduzione a sistema nell'ambito dell'architettura "costituzionale" comunitaria, in particolare riferimento all'organizzazione strutturale delle fonti

Numerosi sono stati nel corso degli anni, gli studi relativi al sistema delle fonti comunitarie, le cui caratteristiche principali, del resto, sono già state analizzate nel par. 8 del Capitolo I, Parte II.

Ciò che qui interessa, ora, aggiungere è soltanto il modo in cui la dottrina comunitaria "giuspubblicistica" ha affrontato il tema *soft law* nel contesto del sistema delle fonti comunitario.

Se prendiamo in considerazione e analizziamo le teorie proposte dalla dottrina, ci accorgeremo subito di come tale rapporto non risulti delineato in modo univoco da tutti gli autori.

Ciascuno infatti collega a tale concetto una diversa tipologia di atti, ampliando o restringendo l'ampiezza di tale concetto e ingenerando in questo modo una notevole confusione.

Si vedrà anche come neanche l'azione della Corte di giustizia potrà essere utile a chiarire questo concetto, in quanto nelle cause nelle quali avrebbe potuto occuparsi direttamente di questa

questione, quasi sempre non lo ha fatto o lo ha fatto in modo superficiale.

5.1. È possibile individuare una prima serie di autori che riconducono sotto la categoria di atti atipici dell'Unione un insieme di atti tra loro anche estremamente eterogenei. Il criterio utilizzato per questo tipo di classificazione è esclusivamente quello della comprensione o meno nell'elenco contenuto nell'art. 249 del trattato CE, e in modo minore nell'art. 14 del trattato CECA o all'art. 161 del trattato EURATOM. Secondo questi autori sarebbero da considerarsi atipici tutti quegli atti che non sono compresi in questa elencazione, comprendente regolamenti, direttive, decisioni, pareri e raccomandazioni. Sembrerebbe, quindi, che la categoria degli atti atipici, la quale è stata così definita con argomentazioni a contrario, possa per questa ragione essere destinata ad abbracciare un numero sempre maggiore di atti.

5.1.1. Pocar²⁹², ad esempio, affrontando la classificazione delle fonti normative dell'Unione Europea, tra le fonti secondarie, dopo aver citato e descritto gli atti contenuti nell'art. 249 del trattato CE, prevede una categoria autonoma di altri atti che raggruppa secondo la caratteristica di essere atipici nel senso di non previsti dal suddetto articolo. Così in questa categoria egli inserisce sia atti come i programmi generali per la soppressione delle restrizioni in materia di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi del Consiglio, o i programmi generali d'azione 221 in materia di ambiente, o i programmi pluriennali in tema di cooperazione allo sviluppo che sono previsti da specifiche disposizioni dei trattati, che altri atti che come dichiarazioni, risoluzioni, decisioni, comunicazioni non sono previsti dagli stessi trattati.

Inoltre lo stesso studioso menziona all'interno di questa eterogenea categoria anche una serie di atti che egli definisce come non vincolanti, che esauriscono i loro effetti all'interno dei procedimenti previsti per la emanazione degli atti tipici, quali le proposte, le richieste, gli inviti.

5.1.2. Sostanzialmente sulle stesse posizioni si colloca Louis²⁹³, che nel paragrafo dedicato agli *atti atipici* dice testualmente che questa categoria comprende quegli atti che, per diverse ragioni

²⁹² Pocar, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2001, p. 306-309.

²⁹³ Louis, *L'Ordinamento Giuridico Comunitario*, Lussemburgo, 1993, p. 118-119.

sfuggono alla tipologia dell'art. 249. Egli poi li suddivide sulla base del fatto che alcuni di essi hanno portata esclusivamente interna e altri producono effetti giuridici al di là della sfera istituzionale. Per quanto riguarda i primi, Louis dice che sono compresi in questo insieme atti che concernono l'organizzazione e il funzionamento degli organi, quali i regolamenti interni dei vari comitati, gli atti preparatori come le proposte della Commissione, i programmi generali o ancora le raccomandazioni rivolte dalla Commissione al Consiglio per la conclusione di accordi internazionali; essi inoltre non avrebbero secondo l'autore effetto vincolante al di fuori dell'istituzione che li adotta. Nel secondo gruppo l'autore si sofferma sulle *decisioni sui generis* con cui il Consiglio stabilisce l'elenco dei prodotti classificabili come materiale bellico in base all'art. 296 del trattato CE, o la decisione dello stesso Consiglio con cui si rendono applicabili le norme relative al Fondo sociale europeo ai dipartimenti d'oltremare, o le decisioni con cui il Consiglio approva gli accordi internazionali.

5.1.3. Anche Zanghì ²⁹⁴ propone lo stesso schema individuando all'interno dell'ampia categoria degli atti atipici una unica differenziazione basata sulla presenza o sull'assenza dell'efficacia vincolante verso l'esterno. Interessante è sottolineare come, utilizzando come criterio quello dell'esclusione dall'art. 249, lo stesso autore consideri come atipici, benché menzionati nel trattato sull'Unione Europea, tutti quegli atti che il Consiglio Europeo sia competente ad adottare nell'ambito della Politica Estera e di Sicurezza Comune (PESC). Così vengono considerati atipici orientamenti generali, strategie comuni, posizioni comuni, azioni comuni.

5.1.4. Infine merita di essere citato ancora Lauria ²⁹⁵, per il posto di rilievo che dedica tra questi atti atipici alle dichiarazioni adottate congiuntamente dalle istituzioni per affermare la loro volontà per perseguire insieme un'azione di particolare rilevanza come la *dichiarazione comune* del Parlamento, della Commissione, del Consiglio del 5 aprile 1997 con cui si impegnavano solennemente a rispettare i diritti espressi nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nell'esercizio dei loro poteri e nel perseguimento degli obbiettivi delle

²⁹⁴ Zanghì, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2000, p. 247-248.

²⁹⁵ Lauria, *L'Unione Europea, origine, sviluppi, problemi attuali*, Torino, 1996, p. 202.

Comunità Europee; la *dichiarazione comune* del Consiglio Europeo di Dublino del 26 giugno 1990, sull'antisemitismo, il razzismo e la xenofobia; la *dichiarazione* sui diritti dell'uomo del Consiglio Europeo di Lussemburgo del 28-29 giugno 1991.

5.2. Altra parte della dottrina invece distingue gli atti atipici in senso lato in due sottocategorie, una comprendente gli atti che pur non inseriti nell'art. 249 del trattato CE o nelle corrispondenti disposizioni CECA, EURATOM e UE sono comunque previsti da altre disposizioni all'interno dei trattati stessi, l'altra comprendente invece tutti quegli atti formatesi nella prassi che *non sono previsti* all'interno dei trattati.

5.2.1. Tra gli autori della dottrina che sembrano essere orientati su queste posizioni possiamo citare per primo Tizzano.

L'attuale Giudice della Corte di Giustizia, invero, ha sempre evidenziato che la materia degli atti comunitari riflette tutte le caratteristiche del sistema comunitario e presenta una serie di difficoltà che ne hanno reso ardui i tentativi di delineare una teoria completa ed unitaria²⁹⁶.

Dall'immensa produzione dottrinale dell'autore sembra emergere la convinzione di una distinzione tra atti *tipici*, nel senso di essere contenuti nella norma sulla produzione rappresentata dal vecchio articolo 189 TCEE, ed atti *atipici*, i quali non sono espressamente contemplati in tale norma, ma sono in ogni caso rinvenibili in altre disposizioni del Trattato.

Nell'ambito della prima categoria rientrano senza dubbio anche i due tipi di atti "*accomunati dal fatto di non avere efficacia vincolante*", ossia le Raccomandazioni ed i Pareri²⁹⁷.

²⁹⁶ A. Tizzano, *La Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Eugenio Jovene, Napoli, 1967, pag. 283, il quale continua la sua riflessione dicendo che "*ci si trova di fronte ad una disciplina generica e poco esauriente. Innestata in un sistema per molti versi originale, privo soprattutto di quei punti di riferimento che agevolano lo studio dei corrispondenti problemi nei diritti interni e che possono concorrere a distinguere fra loro le varie categorie di atti, facilitandone la definizione. A parte, infatti, l'assenza più volte rilevata, di una precisa distribuzione delle funzioni, può ancora sottolinearsi, ad esempio, la mancata previsione di adeguati criteri formali di differenziazione degli atti predisposti per l'una o l'altra funzione; di procedimenti di formazione diversi in relazione alla natura degli atti medesimi; di una sensibile diversità nel loro trattamento processuale*".

²⁹⁷ A. Tizzano, *op. cit.*, secondo cui "*le raccomandazioni si presentano come atti ben più importanti dei pareri e destinati ad un ruolo di notevole rilievo nel quadro dell'attività generale dell'organizzazione. In linea di massima, può dirsi che esse integrano una manifestazione di opinione, un vero e proprio giudizio dell'organo che le emana circa l'esecuzione di una norma e in quanto tali non sono prive di effetti giuridici, dato che creano i presupposti per la contestazione dell'illecito allo Stato che, discostandosene, mostra di violare il Trattato. Il parere, invece, si limita ad illustrare una situazione nei suoi termini obiettivi e non incide sulla libertà di decisione dei suoi destinatari, né ne*

Nella seconda categoria, invece, rientrano tutti gli altri atti adottati dalle istituzioni comunitarie. A questo proposito, l'autore ha evidenziato che « *il faut rappeler que la technique qu'il utilise le traité pour définir les instruments d'action de la Communauté a peu à peu créé la plus grande confusion : d'une part, souvent les actes des institutions ne correspondent pas, dans la pratique, à la typologie définie par le traité ; d'autre part, et malgré l'utilisation détournée qui en a été faite, cette typologie ne parvient pas à satisfaire les exigences suscitées par les développements de l'action communautaire, ce qui entraîne la multiplication du nombre et de la variété des actes dits atypiques* »²⁹⁸.

Nell'ambito di tale categoria, d'altra parte, Tizzano provvede a operare una ulteriore distinzione tra atti conosciuti negli ultimi tempi dalla pratica comunitaria considerati quali “*instruments d'action innomés et informels*”, conosciuti con il nome di *soft law*, ed altri che invece sono previsti direttamente dal Trattato²⁹⁹, pur non essendo menzionati nel più generale articolo 189 TCEE (ora articolo 249 TCE).

5.2.2. Ballarino³⁰⁰, da parte sua, pur unificando queste due categorie sotto il concetto di *soft law* dell'Unione Europea, inserisce nella prima categoria quegli atti che non sono previsti dall'art. 249 o che pur avendo la stessa denominazione degli atti tipici hanno comunque un diverso effetto, che chiama *atti fuori nomenclatura* o *non nominati*. Tra questi atti egli elenca ad esempio la posizione comune prevista dall'art. 251 nel quadro della procedura cooperazione/codecisione, o ancora gli atti con cui il Consiglio ha valutato, nella pratica recente, la sussistenza in ogni singolo Stato membro delle condizioni necessarie per l'adozione di una moneta unica in base all'art. 121. Nella seconda categoria l'autore invece raggruppa tutti quegli atti che rimangono al di fuori di qualsiasi previsione del trattato come le comunicazioni della Commissione, gli accordi

determina la responsabilità in caso d'inosservanza”.

²⁹⁸ A. Tizzano, *La hiérarchisation des normes*, in *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, 2000, pag. 161.

²⁹⁹ A tal proposito, l'autore ha aggiunto che « *le traité d'Amsterdam apporte une contribution ultérieure à la confusion et à l'ambiguïté...il est également vrai que se présentent un peu partout de nouvelles formes d'actes atypiques. Par exemple dans le cadre de la PESC, les stratégies communes (art. 13 TUE) ; dans le troisième pilier, les décisions-cadres (art. 34 TUE). De même, dans le pilier communautaire – en plus d'un ample recours à certaines catégories et actes atypiques introduits dans les textes à Maastricht, tels que les conclusions du Conseil européen et les orientations du Conseil (art. 128 CE) en matière d'occupation – font également leur apparition formelle les accords interinstitutionnelles (art. 248 CE), outre plusieurs références aux codes de conduite, déclarations, etc.* ».

³⁰⁰ Ballarino, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, sesta edizione, Padova, 2001, p.122-124.

interistituzionali o le dichiarazioni comuni.

5.2.3. Parzialmente corrispondente è la posizione di Tesauro ³⁰¹, che propone la suddetta divisione con interessanti ampliamenti dal punto di vista della tipologia degli atti citati. Tra gli atti previsti al di fuori degli articoli dedicati agli atti normativi Tesauro prevede anche la *constatazione* dell'approvazione del bilancio da parte del presidente del Parlamento Europeo e le *misure* adottate dal Consiglio previste dal titolo IV del trattato CE, in materia di visti, asilo, immigrazione ed altre pratiche connesse alla libera circolazione delle persone. Nella seconda categoria che egli denomina degli *atti del tutto atipici o sui generis*, egli include anche le *decisioni sui generis*, le cosiddette *dichiarazioni a verbale* del Consiglio che talvolta accompagnano l'adozione di un atto e che chiariscono il contenuto dell'atto stesso, gli *accordi amministrativi* stipulati direttamente dalla Commissione con Stati terzi.

5.3. Altri autori invece propongono una concezione leggermente diversa. Essi infatti pur distinguendo sempre due categorie, gli atti atipici e gli atti non previsti, ne danno definizioni e contenuti diversi.

5.3.1. Così, infatti, Strozzi³⁰² compone la categoria degli atti atipici con quegli atti il cui elemento caratterizzante non viene individuato nella non previsione nella nomenclatura degli articoli più volte menzionati, ma nel fatto che, pur corrispondendo nella denominazione alla tipologia elencata negli articoli stessi, hanno tuttavia natura, caratteri ed effetti diversi da quelli propri degli atti tipici previsti.

Egli dunque tra gli atti che sono denominati *regolamenti* inserisce i regolamenti interni di cui ciascuna istituzione si dota, nell'esercizio della propria autonomia organizzativa, per disciplinare il suo funzionamento o lo statuto dei propri funzionari e che nonostante la loro nomenclatura in linea di principio però hanno efficacia limitata ai rapporti interni di ciascuna istituzione.

Inoltre *direttive, pareri, raccomandazioni* che una istituzione rivolge ad un'altra nell'ambito

³⁰¹ Tesauro, *Diritto Comunitario*, seconda edizione, Padova, 2001, p. 131-135.

³⁰² Strozzi, *Diritto Istituzionale dell'Unione Europea, dal Trattato di Roma al Trattato di Amsterdam*, Torino, 1998, p. 185-187.

del procedimento decisionale come i pareri del Parlamento e degli organi consultivi, le direttive indirizzate dal Consiglio alla Commissione per orientare i negoziati commerciali che essa conduce con Stati terzi o le raccomandazioni che la Commissione rivolge al Consiglio per essere autorizzata ad aprire dei negoziati, che non hanno, dice Strozzi, effetti giuridici al di fuori dei rapporti interistituzionali.

L'autore, inoltre, sottolinea come col termine di *decisione* si indichino anche atti aventi caratteri specifici e diversi dalle decisioni tipiche. Così ad esempio le decisioni con cui il Consiglio approva gli accordi internazionali, o quelle adottate dal consiglio per l'adozione di certi provvedimenti sulla base di specifiche disposizioni dei trattati abilitanti (art. 148 trattato CE: decisioni di applicazioni relative al Fondo sociale europeo; decisioni previste dall'art. 202 per assicurare il raggiungimento degli scopi del Trattato²³⁴; art. 195: decisione con cui il Parlamento fissa lo statuto e le condizioni per l'esercizio delle funzioni del Mediatore).

Ancora rientrano in questa categoria certe "decisioni" che sono di fatto accordi internazionali in forma semplificata, sottoposte all'approvazione degli Stati membri secondo le loro procedure costituzionali, che operano modifiche di alcune disposizioni dei Trattati (decisione del Consiglio n. 76/787 relativa all'elezione dei membri del Parlamento a suffragio universale diretto). Di seguito poi lo stesso autore prevede invece la categoria degli *atti non previsti* dai trattati che comprendono atti diversi ed eterogenei e che secondo Strozzi sono legittimati dal dovere di collaborazione previsto dall'art. 10 del trattato CE.

5.3.2. Sulla stessa linea interpretativa sono anche alcuni autori nel panorama internazionale come Isaac³⁰³, o Kaczorowska³⁰⁴ che ripropongono questo tipo di classificazione riguardo agli atti atipici. Per completezza, del resto, bisogna riportare come alcuni studiosi, certamente rappresentanti una parte minoritaria della dottrina, forse un po' distrattamente nel parlare di atti atipici, talvolta definendoli *atti anomali*, non prendono in alcuna considerazione tutti quegli atti che non sono previsti dal Trattato ma che, come abbiamo visto, si sono ugualmente sviluppati nella prassi.

³⁰³ Isaac, *Droit Communautaire Général*, quarta edizione, Parigi, 1994, p. 137-141.

³⁰⁴ Kaczorowska, *EU Law Today*, 1998, p. 252.

5.3.3. Infine bisogna rendere conto in questa sede di una parte della dottrina che comprende tra gli atti atipici, benché spesso non usi neanche questo termine per definirli, atti che sono l'espressione della collaborazione tra Stati membri, quali le *decisioni dei rappresentanti* dei governi degli Stati membri riuniti in Consiglio. Per quanto riguarda la qualificazione di questo tipo di atti la dottrina è divisa. Soprattutto in passato si riteneva che questo tipo di atti adottati in sede di Consiglio Europeo, non potessero dirsi far parte del sistema Comunitario ma dovessero essere considerati come accordi internazionali fra gli Stati membri.

5.3.4. Altra parte della dottrina riteneva invece che tali atti fossero fatti rientrare nel sistema comunitario facendo leva su una nozione di *ordinamento comunitario in senso ampio*, sia sull'esistenza di un nesso organico e normativo che li legherebbe a quest'ultimo. Questa incertezza si è ripercossa anche in ambito giurisprudenziale. La Corte di giustizia chiamata a pronunciarsi in due diverse occasioni sulla natura di questi atti ha fornito soluzioni contrastanti.

In un primo caso (Ci si riferisce alle cause riunite C – 139/91 e C – 248/91 in *Raccolta*, 1992), la Corte respinse una domanda di annullamento, proposta dal Parlamento, riguardo ad una *decisione* degli Stati membri riuniti nel Consiglio Europeo che stanziava degli aiuti per il Bangladesh. Il ricorso viene considerato irricevibile perché la Corte ritiene che l'atto in questione sia del tutto estraneo all'ordinamento comunitario.

In una causa identica a quella precedente (Causa C – 316/91 in *Raccolta*, 1994), un ricorso di annullamento relativo ad una decisione del Consiglio Europeo circa il finanziamento degli aiuti nel quadro della Convenzione di Lomè, viene invece considerato ricevibile, benché poi respinto nel merito.

La disputa ha certamente avuto uno sviluppo all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato sull'Unione Europea. Infatti, questo trattato pur non modificando il quadro istituzionale, ha di fatto riconosciuto un ruolo all'interno del sistema dell'Unione all'organo del Consiglio Europeo. Ne sono il segno la competenza a definire, relativamente al secondo pilastro dell'Unione, gli orientamenti generali della politica estera e di sicurezza comune (art. 13 TUE), nonché le scelte progressive della

politica comune di difesa (art. 17TUE). Peraltro, il Consiglio Europeo è ormai presente nello stesso trattato CE, sia pure con competenze marginali, in particolare quanto alla definizione degli indirizzi delle politiche economiche degli Stati membri e della Comunità (art. 99) e all'esame della situazione dell'occupazione illustrata dalla relazione annuale della Commissione e del Consiglio dei Ministri (art. 128).

Alla luce di queste considerazioni sembra ormai difficile negare la qualità di atti dell'Unione a quegli atti che promanano dal Consiglio Europeo. Così come sembra difficile non menzionare quella parte della dottrina che, sia in quanto atti diversi da quelli tipici previsti negli articoli a questi ultimi dedicati che in quanto atti di per se sui generis, considera e classifica questi atti come atti atipici.

5.4. A questo punto è chiaro come il concetto di atipicità all'interno del sistema dell'Unione Europea appaia tutt'altro che univoco.

Ed allo stesso modo, appare confusa ed incerta la relazione del *soft law* con la nozione di atipicità delle fonti.

Invero, anche gli autori che, per esigenze di semplificazione e di sistematizzazione dottrinale, inseriscono gli strumenti di *diritto morbido* nell'ambito degli atti atipici comunitari non possono fare a meno di sottolinearne, in ogni caso, il loro essere *innominati* o *informali*, o *del tutto atipici*.

Lo stesso Tizzano, addirittura, testualmente afferma che « *dans tous les cas, quoique souvent auréolés de la définition de soft law qui en est donnée, ils représentent néanmoins toujours des instruments d'action **anormaux** dans un contexte qui a choisi de caractériser les différentes mesures normatives et a lié à ce choix de conséquences sur le plan des procédures législatives, des conditions de forme et de publicité, des effets juridiques et même la légitimation à agir devant le juge communautaire contre ces mesures normatives* ».

La conclusione che emerge da tale ricostruzione delle posizioni concernenti gli atti atipici,

dimostra la difficoltà – per non dire l'impossibilità – di sistematizzare e razionalizzare i vari strumenti di *soft law* a partire dall'analisi degli atti *atipici* o *innominati* o *sui generis* così come sviluppata dalla dottrina comunitaria.

La verità è che non può pretendersi di applicare agli atti di *diritto morbido* le stesse categorie utilizzate per le tradizionali fonti di diritto *hard*.

Ed invero, per quanto concerne le fonti di *soft law*, esse sono senz'altro da considerare atti *innominati*, in quanto non ricompresi nella norma sulla produzione dell'articolo 249 TCE.

Ma tali strumenti non possono certamente essere considerati *atipici*, in quanto la prassi corrente evidenzia una ben precisa e definita strutturazione e cristallizzazione.

In altri termini, l'azione delle istituzioni comunitarie, qualora si svolga mediante fonti di giuridicità *attenuata*, è caratterizzata dall'utilizzo di strumenti che assumono forme e moduli procedurali rigorosamente razionalizzati ed ormai *tipizzati* nella prassi corrente.

Si è sviluppato un complesso di atti e procedure sempre uguali che *de facto* contribuisce a creare un nuovo, alternativo sistema delle fonti di *soft law* cui risulta obiettivamente inapplicabile la classica distinzione tra *atti tipici* o *atipici*, *nominati* o *innominati*.

5.5. D'altra parte, è evidente – sebbene non corretto da un punto di vista rigorosamente metodologico – che la terminologia tradizionale e gli schemi dottrinali classici consentono di rendere più agevole e schematica la comprensione e l'organizzazione, nel contesto della teoria delle fonti, dei vari atti di *diritto morbido* comunitario.

L'errore che, però, bisogna evitare di compiere, quando si tenta di categorizzare le fonti di *soft law*, è quello di operare delle schematizzazioni fondate sulla relazione con l'*hard law*.

Una eventuale razionalizzazione del *diritto morbido* deve essere fatta solo in riferimento a sé stesso, altrimenti ritornano i problemi e le difficoltà evidenziate anche dal Tizzano.

Per tali ragioni, allora, potremmo concludere che gli atti di *soft law* non possono, a nostro avviso, essere più distinti in *tipici* ed *atipici*, dal momento che non esiste una norma sulla

produzione che individui in via tassativa le fonti formali di produzione normativa, come accade per *l'hard law*.

Pertanto, le fonti di *soft law* si distinguono innanzitutto in atti *formali* o *non formali*.

Tale catalogazione permette di distinguere gli strumenti inclusi in un'unica disposizione generale – quale l'articolo 249 TCE – e cioè le Raccomandazioni o i Pareri, dagli strumenti riscontrabili, invece, di volta in volta nel testo del trattato a seconda delle procedure e dei settori interessati e delle competenze di volta in volta riconosciute alle istituzioni.

Nel quadro, poi, degli strumenti *non formali*, è possibile operare un'ulteriore ripartizione tra atti *nominati* ed atti, invece, *innominati*.

Tale distinzione consente, invero, di razionalizzare quell'insieme di atti espressamente riconosciuti e disciplinati, ma tuttavia inseriti in numerose e disparate norme del Trattato, differenziandole da quegli atti adottati, nella prassi corrente, dalle istituzioni comunitarie, pur non rinvenendo in alcuna previsione del trattato un esplicito richiamo ad esse.

Rientrano in tale ultima sottocategoria, ad esempio, i c.d. Libri bianchi o Libri verdi, ma anche tutte le Comunicazioni o Linee guida adottate in materia di concorrenza settore privato o pubblico dalla Commissione.

Tali atti, pur non potendo essere definiti *atipici*, nel senso di differenti da un *modello* che non esiste, sono fonti sicuramente *non formali* perché non previste in una norma astratta, quale può essere l'articolo 249; e costituiscono altresì fonti *innominate* in quanto non espressamente citate e riconosciute in alcuna previsione, neppure settoriale, del Trattato.

In tali casi il problema del rispetto dei principi fondanti l'ordinamento giuridico comunitario, ed in particolar modo quello delle *competenze* d'attribuzione, si manifesta con maggiore vigore rispetto alle altre fonti di *soft law*.

È stato e continua ad essere determinante, pertanto, in presenza di siffatti strumenti, il ruolo e l'operato della Corte di Giustizia volto a rinvenire il fondamento dell'azione dell'istituzione nell'esistenza di un potere, il cui esercizio necessita dell'adozione di particolari e specifici atti

sebbene *non formali e innominati*.

È per tale motivo che – lo si ribadirà ancora nel prosieguo del lavoro – è indispensabile operare una revisione del sistema delle fonti comunitario che tenga finalmente presente l'esistenza, nella prassi, di tutta una serie di atti, fonti di *diritto soft*, che pur non essendo assolutamente contemplati in trattato, contribuiscono, tuttavia a modificare ed innovare l'ordinamento giuridico comunitario.

6. *La razionalizzazione strutturale e funzionale dell'European community soft law*

Tutto quest'insieme di considerazioni ha messo, dunque, in evidenza la incontestabile estrema difficoltà di comporre a sistema il confuso ed eterogeneo ventaglio di atti di *diritto soft*.

E tuttavia, è compito di ogni giurista, tentare di trovare un ordine ed una razionalizzazione alla materia oggetto del suo studio.

La sfida nella quale ci si imbatte, nel caso di specie, consiste nella reale apparente impossibilità di elaborare delle categorie in grado di comprendere tutti gli strumenti di *soft law*, e di farlo in modo tale da non essere costretti ad affermare in partenza che tale impianto dottrinale presenta, tuttavia, delle eccezioni di natura strutturale.

6.1. A tal fine, diviene necessario, allora, scindere, in primo luogo, gli scopi e le funzioni cui mirano gli atti di *diritto attenuato*, dagli effetti legali pratici che ottengono tali strumenti di *soft law* soprattutto grazie all'opera determinante della Corte di Giustizia.

È questa la confusione che spesso hanno fatto gli autori precedenti.

Quando si inserisce tra le funzioni e gli scopi del *soft law* la sua capacità di rappresentare uno strumento di sostegno dell'attività interpretativa della Corte oppure la sua capacità di creare un'aspettativa che l'azione degli Stati sia conforme al sistema giuridico comunitario, oppure i suoi

effetti proibitivi o prescrittivi delle condotte statali si è, a nostro avviso, creata una gran confusione.

Ed invero, le ricostruzioni dottrinali esposte nel paragrafo 4 hanno operato una vera e propria commistione tra *scopi legali* ed *effetti legali* degli atti di *soft law*.

Non può confondersi la *funzione* di una norma dalle sue *conseguenze giuridiche concrete*.

Così come non si può dissolvere l'autonomia della *funzione* dei precetti normativi *soft*, nel semplice richiamo alle *ragioni* o alle *esigenze*³⁰⁵ che si racchiudono dietro lo sviluppo ed il “successo” attuale del *diritto morbido*.

6.2. Ovviamente, però, è necessario premettere che le *funzioni legali* dei vari strumenti di *soft law* sono estremamente variegate e differenziate così come ampia e variegata è la tipologia di atti che si fanno rientrare nel *genus* del *diritto attenuato*.

È per tale motivazione, allora, che, nell'intento di razionalizzare e sistematizzare i multiformi aspetti del *soft law*, riteniamo necessario analizzare innanzitutto le caratteristiche strutturali degli strumenti di *diritto morbido*, piuttosto che le loro peculiarità funzionali.

L'unico modo, a nostro avviso, per inserire gli atti di *soft law* in uno schema dottrinale in grado di includere in sé, senza eccezioni obbligate, tutte le espressioni rinvenibili nella prassi istituzionale comunitaria, è quello di operare una classificazione fondata su quelle che sono le *caratteristiche strutturali* di base di tali strumenti *soft*.

A nostro avviso, al contrario di quanto abbiamo sostenuto in relazione all'elaborazione di una teoria delle fonti – almeno fino a quando non si provvederà ad inserire in Trattato tutti i più importanti atti di *soft law* rinvenibili nella prassi corrente – le loro *peculiarità strutturali elementari* debbono essere individuate a partire dall'analisi del rapporto con la normazione e regolamentazione tradizionale.

Riteniamo, dunque, che il vasto e multiforme insieme di atti di *soft law* possa essere

³⁰⁵ Analizzate nei paragrafi 1 e 2 del presente Capitolo.

classificato in due grandi categorie di fondo.

Il primo gruppo comprende le fonti di *diritto morbido* che si inseriscono in un settore sprovvisto di “ambiente regolamentare” *hard*.

È il *soft law* che definiremo “*sine legem*”.

Il secondo macro gruppo comprende quegli atti che sono adottati dalle istituzioni comunitarie o, su delega delle stesse, direttamente da parte degli operatori economici privati, in un contesto nel quale già sussiste una disciplina normativa *hard*.

È questo il *soft law* strutturalmente “*post legem*” o “*cum legem*”.

6.3. Tale classificazione consente, invero, di superare le difficoltà della tripartizione operata da Senden legate all'impossibilità di distinguere in via statica e definitiva strumenti che svolgano una funzione paralegislativa da altri che invece assolvano compiti di natura prelegislativa.

Il *discrimen* diviene, invece, la relazione strutturale che intercorre tra un atto di *diritto morbido* e la normativa *hard* esistente in un determinato settore nel quale le istituzioni comunitarie hanno esercitato la propria competenza d'attribuzione.

Assume rilievo determinante, dunque, la preesistenza di una giuridicizzazione *hard* della disciplina che rappresenta l'oggetto anche della regolamentazione *soft*.

Questa distinzione consente realmente di operare una sistematizzazione della vasta strumentazione *giuridica attenuata* attualmente in vigore *de facto* nell'ordinamento giuridico comunitario.

Tutti gli atti, infatti, sono sicuramente riconducibili ad una siffatta schematizzazione di massima.

6.4. Nella categoria delle regole e precetti *soft* “*sine lege*” rientrano innanzitutto gli strumenti di tipo *preparatorio ed informativo*, mediante i quali le istituzioni preparano il terreno per future modifiche ed innovazioni dell'ordinamento giuridico *hard* attraverso discussioni e confronti con le

“parti sociali interessate”.

6.4.1. Ci si riferisce, dunque, ai *Libri Bianchi*, ai *Libri Verdi*, ai *programmi d'azione* ed alle *comunicazioni informative*.

La mancanza di una disciplina tradizionale è intesa, in questa prospettiva, come assenza di quella che sarà la futura regolamentazione comunitaria. Tali strumenti preparatori insistono, cioè, su di un oggetto che non si identifica con la legislazione vigente, in quanto strutturalmente rivolti ad una evoluzione di questa. Il ragionamento svolto da atti è dunque *de iure condendo*, non certamente *de iure condito*, e per tale ragione sono da considerare certamente strutturalmente “*sine lege*”.

6.4.2. In tale categoria si inseriscono, altresì, i c.d. *steering instruments*, ossia quegli atti di natura decisionale *attenuata* che spesso sono adottati dal Consiglio al fine di indirizzare la condotta degli Stati membri o delle istituzioni stesse in settori politicamente strategici e delicati.

Ci riferiamo tanto agli strumenti decisionali formalmente riconosciuti dall'articolo 249, quali le *raccomandazioni* ed i *pareri*, quanto agli altri atti informalmente presenti in altre disposizioni del trattato – quindi atipiche per parte della dottrina – quali le *conclusioni*, gli *orientamenti*, le *decisioni*, gli *accordi interistituzionali*, le *risoluzioni* o le *dichiarazioni*.

6.4.3. Ma all'interno di siffatto schema deve essere inserito anche il c.d. *Metodo aperto di coordinamento*, intesa quale nuova forma di *governance* comunitaria che consente, attraverso procedure fondate sull'esempio e sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri, di svolgere a livello comunitario delle politiche altrimenti gelosamente preservate nelle proprie mani dagli Stati nazionali.

Tale procedura, il cui riconoscimento formale è stato dato dal Consiglio di Lisbona, è utilizzata in materia economica e monetaria, nella politica occupazionale e nello svolgimento delle politiche sociali dell'Unione.

È considerata, allora, una tecnica regolativa *soft*, in quanto formalmente e sostanzialmente estranea alla c.d. *méthode communautaire*, ma appartenente al *soft law* “*sine lege*”, in quanto disciplina settori estranei all'azione giuridica tradizionale delle istituzioni comunitarie.

6.5. Nella categoria degli atti adottati “*post legem*”, invece, si collocano tutti gli strumenti che dettano una disciplina *soft* in una materia già indiscutibilmente regolamentata da una normativa *hard*.

6.5.1. In tal senso, siffatte regole di *diritto soft* si aggiungono a completamento, integrazione, o talvolta chiarificazione di precetti pienamente efficaci derivanti da fonti tradizionali di diritto.

Rientrano in questa seconda categoria, innanzitutto, le *comunicazioni*, le *linee guida*, gli *orientamenti*, i *codici di condotta*, elaborati in materia di concorrenza ed aiuti di Stato, che consentono alla Commissione di introdurre regole di dettaglio rivolte agli operatori economici o di inserire dei limiti “legali” alla propria azione laddove configurata dalla disciplina *hard* quale assolutamente discrezionale.

Si tratta di atti che completano le lacune della legislazione tradizionale e rendono più prevedibile l’azione esecutiva della Pubblica Amministrazione.

6.5.2. Ma la elaborazione di tale categoria fondata sulla relazione strutturale che intercorre tra *diritto morbido* e *hard law*, consente di inserirvi altresì tutto l’insieme di strumenti individuati dal Libro Bianco sulla governance e poi cristallizzati dall’Accordo interistituzionale *mieux légiférer* o *better regulation*.

Tali atti di *soft law*, invero, rappresentano la fonte sulla produzione di modi di regolazione alternativi al diritto formale, quali la *Coregolazione* e la *Autoregolazione*.

Questi strumenti *soft* operano in settori disciplinati da norme giuridiche vincolanti, ma rinviengono la loro efficacia in una sorta di delega fatta dalle istituzioni comunitarie agli operatori economici privati o ad altri istituti pubblici europei, al fine di regolamentare nel dettaglio particolari aspetti di una determinata materia.

Sono, dunque, atti certamente posteriori ad una normativa *hard* del settore, nel senso che quest’ultima spontaneamente si astiene o si ritira dal disciplinare nel dettaglio, al fine di attribuire ad organi, istituti o gruppi organizzati pubblici o anche privati una vera e propria “delega”

all'elaborazione di precetti in grado di rispondere in misura maggiore alle esigenze del mercato e dell'economia in determinati settori.

7. *A functional classification of soft law instruments* : la funzione *prelegisaltiva*.

La classificazione elaborata nel precedente paragrafo consente, dunque, di ricomprendere in un'unica e completo schema tutte le eterogenee manifestazioni correnti di *soft law* comunitario.

È partendo da questa sistemazione, allora, che possiamo analizzare il complesso delle *funzioni* svolte dal *diritto attenuato comunitario*, senza timore di perdere di vista la possibilità di ridurlo a sistema.

Anzi, la distinzione del *soft law* comunitario in due grandi categorie strutturali consente di analizzarne con maggiore libertà le varie funzioni e scopi legali rinvenibili nella prassi.

Le differenti espressioni di *diritto morbido* comunitario mostrano allo studioso l'esistenza di una molteplicità di funzioni ad esse riconducibili, che spesso si confondono tra loro o si integrano in un *continuum* temporale per il quale un medesimo atto può essere pacificamente in grado di realizzare più obiettivi a seconda del momento storico considerato.

7.1. Come già, indirettamente, evidenziato, la prima tipologia di funzioni concerne l'attività di tipo *prelegislativo*³⁰⁶, svolta da *Libri Bianchi*, *Libri Verdi*, *programmi d'azione e comunicazioni*

³⁰⁶ La presenza di tale categoria è condivisa da L. Senden, la quale, in *Soft law and its implications for the institutional balance in the EU*, afferma che : "Within the first category of preparatory and informative instruments fall, in particular, Green Papers, White Papers, action programmes and informative communications. These instruments are adopted with a view to the preparation of Community law and policy and/or the provision of information on Community action. An early example is the White Paper on the Completion of the Internal Market, from 1985. Since it has been alleged, notably by the European Parliament, that the instruments falling within this category are being used as alternatives to legislation – and could as such affect the institutional balance – they are taken into consideration here. Yet, one may wonder whether they actually constitute soft law at all, since they do not establish any rules of conduct in themselves but merely prepare for the elaboration and adoption of such rules in the future. One could therefore also say that these instruments fulfil a pre-law function. This function can also be understood in a more substantive way, in the sense that soft law acts pave the way for the adoption of future legislation by providing or increasing the basis of its

informative.

Tale funzione si realizza in un duplice modo.

7.1.1. Innanzitutto, come elaborazione e preparazione delle future azioni politiche e legislative della Comunità, mediante lo sviluppo di un dibattito e di una discussione preliminare allargata ai ceti produttivi ed alle istituzioni interessate alle future evoluzioni normative *hard*.

7.1.2. Poi, più semplicemente come creazione di una base e di un substrato *legale* seppure di natura *soft* che possa agevolare evidentemente la elaborazione di regolamentazioni *hard*.

Qualora volessimo, poi, analizzare il rapporto di tali atti con le loro caratteristiche strutturali, risulta evidente che essi costituiscono fonti di *soft law* “*sine lege*”, nel senso che le regole ed i contenuti oggetto di siffatti strumenti non siano omogenei ai contenuti precettivi della normativa tradizionale in vigore.

E tanto, del resto, emerge con chiarezza dallo scopo che si prefiggono di analizzare le possibili evoluzioni future del contesto normativo attualmente vigente.

7.2. A nostro avviso, d’altro canto, rientrano a pieno titolo nel quadro del *soft law* con funzioni *prelegislative* una tipologia di atti e documenti di cui, troppo spesso in dottrina, si sono addirittura negati i profili giuridici per ridurli a mere dichiarazioni o proclami politici.

Ci riferiamo alle *Dichiarazioni di principi* o alle *Carte dei diritti fondamentali* adottate dalle istituzioni comunitarie.

A meno di non considerare tali documenti alla stregua di manifesti politico culturali, bisogna, invero, considerarli a pieno titolo delle fonti di *soft law* comunitario.

Atti in grado di orientare, ad ogni modo, le azioni politiche e giuridiche delle istituzioni e degli Stati membri, pur senza essere vincolanti nei rispettivi ordinamenti, costituiscono strumenti giuridici *attenuati*, ma pur sempre indiscutibilmente giuridici.

7.2.1. I due esempi più eclatanti di tale tipologia *sui generis* di fonti di *soft law* sono

support”.

rappresentati, in ordine temporale, dalla *Carta comunitaria dei diritti sociali dei lavoratori* del 1989, e la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* del 2000.

La caratteristica fondamentale che accomuna, da un punto di vista funzionale, entrambe è il loro ruolo di introduzione di nuovi diritti o di ricognizione dei diritti già riconosciuti nell'ordinamento, ma soltanto in via giurisprudenziale, anticipando quelle che saranno le future evoluzioni della normativa vincolante tradizionale.

Ed invero, la *Carta dei diritti sociali dei lavoratori* è stata introdotta nel diritto cogente comunitario mediante un rinvio³⁰⁷ ad essa operato nel primo paragrafo dell'articolo 136 del Trattato CE, e mediante un riferimento esplicito risultante dal combinato disposto del paragrafo 2 dell'articolo 6 e del Preambolo del Trattato UE.

Insomma, tale documento ha costituito la prima base *normativa* della protezione di alcuni diritti dei lavoratori, precedentemente del tutto privi di tutela giuridica comunitaria, e ha dato l'avvio al loro formale riconoscimento in un quadro giuridico *hard*.

7.2.2. La *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*³⁰⁸ sta percorrendo lo stesso cammino.

Il Consiglio europeo di Colonia ha approvato, nel giugno del 1999, l'avvio di un processo di redazione di una vera e propria Dichiarazione relativa ai diritti fondamentali, il cui obiettivo finale, non dichiarato, era quello di essere in futuro inserita e cristallizzata nei trattati.

I lavori si conclusero in tempo utile per il Consiglio europeo di Nizza, del 7 dicembre 2000, in occasione del quale il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione firmarono la *Carta* sotto forma di *Accordo interistituzionale*³⁰⁹.

³⁰⁷ Sulla natura formale o materiale di tale rinvio non c'è concordia in dottrina.

³⁰⁸ G.O. n. C 364, del 18 dicembre 2000, che ha proclamato solennemente il testo redatto da un'apposita Convenzione nel periodo compreso tra il 17 dicembre 1999 ed il 2 ottobre 2000, e già approvato dal Consiglio europeo di Biarritz del 13 e 14 ottobre 2000.

³⁰⁹ Tale fonte di *soft law* è ispirata alla giurisprudenza della Corte, precisando che non mira a creare alcuna nuova competenza, né a estendere quelle esistenti. Sul piano dei contenuti, è interessante notare come, per la prima volta i trovino riuniti, in un documento del genere, diritti civili e politici così come diritti economici e sociali. Certo, tale equilibrio era difficile da stabilire, in quanto, soprattutto in materia di diritti sociali, si assiste al proliferare di modelli di società estremamente differenti tra i vari Stati membri. Per questa ragione, la Carta ha risolto le difficoltà elaborando

Lo stesso Consiglio europeo, del resto, rinviava già alla conferenza intergovernativa del 2004 la questione dell'eventuale inserimento in Trattato di tale *Dichiarazione*.

La Convenzione europea, istituita a seguito della conferenza intergovernativa di Laeken del 2001, intanto, cominciò da subito a lavorare alla possibilità di un'introduzione della *Carta* nel testo del Trattato.

Così, l'accordo finale sul progetto di Trattato istituyente una Costituzione europea, concluso in occasione del Consiglio europeo del 17 e 18 giugno 2004, e firmato solennemente a Roma il 29 ottobre 2004, ha "costituzionalizzato" finalmente la *Carta* consentendole di acquisire la veste di un testo giuridicamente vincolante.

L'intera parte seconda della Costituzione coincide, dunque, con la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*.

Si è assistito, pertanto, anche in tal caso – tralasciando le recenti vicende relative alle difficoltà di ratifica del testo costituzionale in alcuni Stati membri – ad una vera e propria evoluzione giuridica di un testo che nasce con una forza giuridica *attenuata*, ma che assume nel corso del tempo una efficacia giuridica vincolante, attraverso un processo di codificazione e di cristallizzazione che ha preso le mosse dall'adozione iniziale di un atto di *soft law*.

Ancora una volta, dunque, una *Dichiarazione di principi*, o una *Carta dei diritti fondamentali* assume, nel quadro dell'ordinamento giuridico comunitario, un valore non soltanto politico, ma giuridico *soft*, con l'intento di rappresentare la base sostanziale per una futura evoluzione della normativa cogente.

8. *A functional classification of soft law instruments* : la funzione *postlegisaltiva*

La seconda categoria di funzioni concerne, invece, le azioni ritenute *postlegislative*.

una distinzione tra *diritti* e *principi*. I primi sono direttamente invocabili dai cittadini, mentre i secondi necessitano di misure di attuazione. In tal modo si sono salvaguardate le autonomie di alcuni Stati, i quali non saranno chiamati a rispondere dell'eventuale debole protezione di quei diritti ritenuti *principi*, in quanto necessitanti di misure esecutive in grado di assicurarne le tutela.

8.1. Nel quadro di tale tipologia si inserisco, in primo luogo, tutti quegli atti di *diritto soft* che sono adottati dalle istituzioni comunitarie al fine di eseguire, supportare, integrare la disciplina *hard* vigente in un determinato ambito dell'azione comunitaria.

In alcuni settori, quali – come già detto – quelli della Concorrenza e degli Aiuti di Stato, invero, la Commissione ha sviluppato sin dagli anni Sessanta una prassi rivolta a colmare i vuoti lasciati dalla regolamentazione comunitaria al fine di rendere maggiormente prevedibile la propria azione amministrativa e, di conseguenza, fornire più chiare e precise linee guida in grado di indirizzare la condotta degli operatori economici privati.

D'altra parte, è indispensabile chiarire, ora, un aspetto determinante delle caratteristiche funzionali di tali atti della Commissione, quali le *comunicazioni*, le *linee guida*, gli *orientamenti*, i *codici di condotta*, od altri strumenti del genere.

Chiarimento, questo, che consentirà di comprendere meglio il perché della scelta di una classificazione di base fondata sulle caratteristiche strutturali piuttosto che teleologiche delle fonti di *soft law*.

Ed invero, gli atti che svolgono una funzione di natura *postlegislativa*, intesa quale sostegno ed integrazione, della normativa esistente, sono naturalmente, strutturalmente, atti “*post legem*” o “*cum lege*”, in quanto operano ed insistono sul medesimo oggetto della regolamentazione *hard* pienamente vigente ed effettiva.

Rientrano a pieno titolo in questa classificazione funzionale tutte le *Comunicazioni* adottate dalla Commissione in materia di diritto della concorrenza.

Ricordiamo, seppur a titolo meramente esemplificativo, alcuni dei più noti atti del genere, quali la *Comunicazione sulla definizione del mercato in causa ai fini del diritto comunitario della concorrenza*³¹⁰, la *Comunicazione “de minimis”*, relativa agli *accordi di importanza minore che non restringono sensibilmente il gioco della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1 del trattato CE*³¹¹, le *Linee direttrici relative alla nozione di pregiudizio del commercio figurante negli*

³¹⁰ G.O., 1997, C 372/5.

³¹¹ G.O., 2001, C 368/13.

articoli 81 e 81 del trattato CE³¹², e, da ultimo, la *Comunicazione interpretativa sull'applicazione dell'articolo 296 del trattato al settore degli appalti pubblici della difesa*³¹³, e la *Comunicazione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese* adottata dalla Commissione il 7 dicembre 2006, che sostituirà, a partire dalla data della sua pubblicazione ufficiale, la precedente *Leniency Notice* del 2002.

Così come, allo stesso modo, rientrano gli atti in materia di Aiuti di Stato, quali la *Comunicazione sull'applicazione degli articolo 92 e 93 del trattato e l'articolo 5 della Direttiva 80/723/CE della Commissione alle imprese pubbliche nell'industria manifatturiera*³¹⁴, la *Comunicazione relativa agli aiuti "de minimis"*³¹⁵, la *Comunicazione sull'applicazione delle regole di concorrenza al settore postale e sulla valutazione di certe misure di Stato relative ai servizi postali*³¹⁶.

Tuttavia, il loro essere strutturalmente fonti "*post legem*" non impedisce loro, talvolta, in alcune circostanze straordinarie, di assolvere altresì ad un compito di natura *prelegislativa*.

In altri termini, la prassi ha mostrato che, in determinati casi, la regolamentazione *soft*, pur nascendo in termini di mero supporto applicativo alla disciplina *hard*, ha dettato delle norme esecutive, chiarificatrici e di sostegno talmente precise, efficaci, e rispondenti alle rinnovate esigenze degli operatori economici, da rappresentare addirittura la base *normativa* di una futura, più stringente evoluzione legislativa *hard*³¹⁷.

³¹² G.O., 2004, C 101/81.

³¹³ Bruxelles, il 7.12.2006, COM(2006) 779 finale.

³¹⁴ G.O., n. C 307, del 13 novembre 1993.

³¹⁵ G.O., n. C 68, de 16 marzo 1996.

³¹⁶ G.O., n. C 39, del 6 febbraio 1998.

³¹⁷ A tal proposito, appare interessante segnalare il caso relativo alla *Comunicazione interpretativa sull'applicazione dell'articolo 296 del trattato al settore degli appalti pubblici della difesa*. Tale atto di *soft law* è stato adottato a conclusione di un lungo dibattito sviluppatosi a partire dalla pubblicazione, in data 23.9.2004, del *Libro verde sugli appalti pubblici della difesa* (COM(2004) 608 finale), e cui aveva già fatto seguito una *Comunicazione relativa ai risultati della consultazione avviata dal Libro verde sugli appalti pubblici della difesa e alle future iniziative della Commissione*, datata 6 dicembre 2005 (COM(2005) 626). Ma la caratteristica peculiare della ultima *comunicazione* del 7 dicembre 2006, consiste nella sua capacità di rappresentare un mezzo di promozione di una futura produzione normativa di *hard law*. Al riguardo, del resto, presenta un grande interesse la lettura delle dichiarazioni di Charlie McCreevy, membro della Commissione, con compiti in materia di Mercato Unico e Libera circolazione dei Servizi, il quale ha affermato che « *ces lignes directrices devraient améliorer la manière dont le droit communautaire actuel en matière de marchés de défense est appliqué. L'étape suivante est de proposer une nouvelle législation qui permettra*

8.1.1. A tal proposito, si può citare la vicenda relativa al percorso della « *Communication relative aux règles de procédure interne pour le traitement des demandes d'accès au dossier dans les cas d'application des articles 81 et 82 du traité CE* »³¹⁸, mediante la quale la Commissione ha riconosciuto un vero e proprio diritto d'accesso delle imprese ai dossier che le concernano nell'ambito di una procedura pendente nei loro confronti.

Prima dell'adozione di tale atto di *soft law*, la Commissione era tenuta a divulgare soltanto i documenti sui quali aveva deciso di fondare la c.d. *contestazione degli addebiti*, onde l'impresa "incriminata" non aveva la possibilità di accedere a tutto un insieme di documenti che talvolta potevano rivelarsi determinanti al fine di dimostrare la regolarità e legittimità della propria condotta.

La Comunicazione in esame ha permesso, quindi, alle imprese di prendere conoscenza di tutto il dossier relativo all'istruttoria amministrativa, ad eccezione dei documenti considerati confidenziali e quindi inaccessibili.

L'aspetto interessante della vicenda consiste nel fatto che il Regolamento n. 1 del 2003³¹⁹ *relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 CE*, ed il suo Regolamento di applicazione n. 773 del 2004³²⁰ *relatif aux procédures mises en oeuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE*, abbiano inserito nella propria disciplina il diritto delle imprese destinatarie di una comunicazione di addebiti di ottenere l'accesso al dossier della Commissione, su riserva tuttavia dell'oppositivo interesse legittimo di altre imprese a che i loro segreti d'affare non siano divulgati³²¹.

d'accroître la concurrence, d'utiliser plus efficacement les deniers publics lors de l'acquisition d'équipements de défense et de donner à l'industrie de la défense en Europe une impulsion dont elle a grandement besoin », e del vicepresidente Verheugen, membro della Commissione, secondo cui « il s'agit d'une première étape vers des marchés de défense plus ouverts et plus équitables. La création d'un marché européen des équipements de défense est nécessaire pour assurer la flexibilité et la compétitivité tant souhaitées par l'industrie de la défense, une industrie qui joue un rôle essentiel pour la croissance et l'emploi ».

³¹⁸ G.O. 1997, C 23/3.

³¹⁹ Regolamento n. 1 del 2003, adottato il 16 dicembre 2002, G.U.C.E. n. L 1, del 4 gennaio 2003.

³²⁰ G.U.C.E. n. L 123, del 27 aprile 2004.

³²¹ Regolamento n. 1/2003, articolo 27, paragrafo 2 ; Regolamento n. 773/2004, articolo 15.

8.1.2. Lo stesso è accaduto, d'altra parte, anche in materia di applicazione di ammende destinate a sanzionare la violazione degli articolo 81, paragrafo 1, ed 82 CE, oppure a punire il mancato rispetto di una misura provvisoria o di un accordo divenuto vincolante a seguito di decisione della Commissione.

Il 14 gennaio 1998 è stata pubblicata una Comunicazione adottata dalla Commissione, contenente le linee direttrici per il calcolo delle ammende, mediante la quale sono state elaborate tre categorie di infrazione, basate sul criterio della gravità³²², che determinano una modulazione dell'ammontare della multa da infliggere.

Il principio consistente nel fondare il calcolo delle ammende sulla gravità delle infrazioni commesse dalle imprese è stato, di recente, ripreso e cristallizzato dal Regolamento n. 1 del 2003, il cui articolo 23, paragrafo, 3 espressamente afferma che « *Pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci* ».

8.1.3. La medesima vicenda ha coinvolto, infine, altresì la Comunicazione sugli aiuti *de minimis*, mediante la quale la Commissione ha statuito che gli Aiuti il cui ammontare non superasse una cifra stabilita in termini assoluti – e non in relazione alla cifra di affari dell'impresa – fosse *ipso lege* esentata dall'obbligo di notifica preliminare alla Commissione.

Orbene, ciò che preme sottolineare, in tale sede, è che i principi di tale Comunicazione sono stati ripresi, nei loro contenuti essenziali, dal *Regolamento 69/2001* della Commissione sugli aiuti *de minimis*³²³.

Insomma, risulta assolutamente evidente che strumenti di *soft law* aventi funzioni

³²² Le infrazioni poco gravi sono « *restrictions, le plus souvent verticales, visant à limiter les échanges mais dont l'impact sur le marché reste limité, ne concernant en outre qu'une partie substantielle mais relativement étroite du marché communautaire* » ; le infrazioni gravi, invece, sono « *restrictions horizontales ou verticales de même nature, mais dont l'application est plus rigoureuse, dont l'impact sur le marché est plus large et qui peuvent produire leurs effets sur des zones étendue du marché commun...* » ; quanto, poi, alle infrazioni molto gravi, esse sono considerate come « *restrictions horizontales de type cartels de prix et de quotas de répartition des marchés, ou autres pratiques portant atteinte au bon fonctionnement du marché intérieur, telles que celles visant à cloisonner les marchés nationaux ou d'abus caractérisés de position dominante d'entreprises en situation de quasi-monopole* ».

³²³ G.O., n. L 10, 2001.

apparentemente solo *postlegislative*, risultano, invece, svolgere compiti e funzioni di natura pienamente ed indiscutibilmente *prelegislativa*, qualora la *effettività* e la *necessità* delle regole da essi prodotte siano tali da costituire il fondamento e la base di una futura evoluzione normativa *hard*.

Onde, gli atti di *diritto attenuato* considerati strutturalmente “*post legem*” o “*cum lege*” non svolgono necessariamente soltanto funzioni di sostegno o interpretazione di regole vincolanti, ma possono talvolta anche assumere compiti di tipo propositivo, stimolando il dibattito, o creando un substrato legale per future differenti e più moderne regole comunitarie.

8.2. Nella categoria degli atti di *soft law* aventi funzioni *postlegislative*, d'altra parte, rientrano a pieno titolo anche tutti gli strumenti considerati, dall'Accordo interistituzionale *mieux légiférer*, quali veri e propri modi di regolazione alternativi alle tradizionali forme di produzione normativa.

Facciamo riferimento agli strumenti di *coregolazione* e di *autoregolazione*.

Analizzando la definizione contenuta nell'Accordo sopra citato, ci si rende facilmente conto della funzione di aiuto, supporto e sostegno alla legislazione tradizionale vigente, svolta da tali peculiari fonti di *diritto morbido*.

La *coregolazione*, invero, è un meccanismo mediante il quale un atto legislativo comunitario conferisce la realizzazione di obiettivi, definiti dall'autorità legislativa, direttamente alle parti interessate, formalmente riconosciute quali interlocutori a livello europeo.

Tale meccanismo consente di adattare la legislazione *hard* alle problematiche dei settori disciplinati, ma permette altresì di alleggerire il carico di lavoro incombente sul legislatore ordinario, il quale potrà concentrarsi solo sugli aspetti essenziali della normativa, e rende possibile infine sfruttare ed avvalersi dell'esperienza delle parti in gioco.

Per *autoregolazione*, invece, si intende la possibilità per gli operatori economici, i partner sociali, le organizzazioni non governative o le associazioni, di adottare tra di loro delle linee

direttrici comuni a livello europeo, rivolte a se stessi.

In regola generale, tali iniziative non comportano una necessaria presa di posizione delle istituzioni comunitarie, soprattutto quando ci si muova in settori non previsti dal Trattato o, in ogni caso, non ancora regolamentati.

Ciò non osta, del resto, alla possibilità che la Commissione svolga delle verifiche di tali pratiche al fine di verificarne la loro conformità con le disposizioni del Trattato.

8.2.1. La prima e più consistente manifestazione di *coregulation* comunitaria è quella cui ha dato vita la c.d. *Nouvelle approche*, ossia di una nuova strategia di armonizzazione fondata sul principio di fondo del *riconoscimento reciproco* e su quella che viene comunemente definita come “*normalizzazione europea*”.

Tra le disposizioni legislative più importanti in materia, la Direttiva n. 189, del 28 marzo 1983³²⁴, occupa un posto di particolare rilievo.

Entrata in vigore il 1° aprile 1984, essa mira a prevenire il sorgere di nuovi ostacoli agli scambi derivanti dalla applicazione di regole tecniche nazionali differenti, anche se non discriminatorie all'interno degli Stati membri³²⁵.

La nuova strategia di riavvicinamento delle legislazioni nazionali riposa, dunque, in misura determinante su una politica di *normalizzazione* e di *certificazione*, mediante un rinvio sistematico alle *norme*.

La Direttiva 83/189/CE definisce la *norma* come una *specificazione tecnica* approvata da un organismo riconosciuto e la cui osservanza non è obbligatoria³²⁶.

³²⁴ Direttiva 83/189/CEE del Consiglio, GUCE n° L 109, p. 8, modificata a più riprese, e codificata dalla Direttiva 98/34/CE, GUCE n° L 204, p. 37

³²⁵ In virtù di tale direttiva gli Stati membri devono comunicare alla Commissione ogni progetto di elaborazione di *regola tecnica* inerente prodotti di fabbricazione industriale ad uno stadio di preparazione tale da permettere di apportare ancora degli emendamenti sostanziali

³²⁶ Più precisamente, si parla di « *une spécification technique approuvée par un organisme reconnu à activité normative pour application répétée ou continue, dont l'observation n'est pas obligatoire et qui relève de l'une des catégories suivantes : - norme internationale : norme qui est adoptée par une organisation internationale de normalisation et qui est mise à la disposition du public ; - norme européenne : norme qui est adoptée par un organisme européen de normalisation et qui est mise à la disposition du public ; - norme nationale : norme qui est adoptée par un organisme national de normalisation et qui est mise à la disposition du public* ».

Intendendosi, poi, per *specificazione tecnica* il contenuto di un documento che definisca le caratteristiche necessariamente richieste per la fabbricazione di un prodotto³²⁷.

Le *norme* si distinguono dalle regole tecniche per la loro non obbligatorietà, in quanto elaborata da tecnici e rimessa alla applicazione facoltativa degli operatori economici.

Essa non è approvata da un'autorità statale, ma è contenuta in un documento adottato da un organismo qualificato o riconosciuto da una normativa comunitaria, ed è stabilita mediante una procedura fondata sul consenso delle parti interessate alla sua applicazione.

Fino al 1988, le attività di *normalizzazione* a livello europeo erano svolte da due Organismi³²⁸, il CEN³²⁹ ed il CENELEC³³⁰.

Quest'ultimo è competente per i settori elettrotecnici, il primo, invece, per tutti gli altri.

A partire dal marzo 1988, è stato aggiunto un altro Organismo, l'ETSI (Istituto europeo di normalizzazione delle telecomunicazioni) al fine di rispondere alle peculiarità della normalizzazione nel dominio delle telecomunicazioni.

Tali Istituti elaborano delle norme europee definite *EN*. Tuttavia, qualora una siffatta norma non può essere adottata, essi emanano un documento di armonizzazione denominato *HD*. Nel caso in cui, invece, le divergenze nazionali siano troppo accentuate si elabora una prenorma chiamata *ENV*.

L'attività di tali Organismi, espressamente riconosciuti dall'ordinamento giuridico comunitario, consente dunque, sulla base di un dialogo costante e di un accordo necessario tra gli operatori economici e le organizzazioni di categoria interessate, di elaborare delle regole relative alla fabbricazione di prodotti da mettere in commercio su tutto il territorio della Comunità.

³²⁷ La Direttiva, testualmente considera la specificazione tecnica, come « *une spécification qui figure dans un document définissant les caractéristiques requises d'un produit, tels que les niveaux de qualité ou de propriété d'emploi, la sécurité, les dimensions, y compris les prescriptions applicables aux produits en ce qui concerne la dénomination de vente, la terminologie, les symboles, les essais et méthodes d'essais, l'emballage, le marquage et l'étiquetage ainsi que les procédures d'évaluation de la conformité* ».

³²⁸ Tali Organismi, al fine di non allontanare la normalizzazione europea da quella mondiale, sono membri dell'ISO e del CEI.

³²⁹ Esso riunisce gli organismi nazionali di normalizzazione dei paesi della Comunità Europea e dell'AELE.

³³⁰ Il CENELEC riunisce i comitati elettrotecnici di tutti i paesi della Comunità Europea e dell'AELE.

La legislazione comunitaria, cioè, si limita soltanto a stabilire le esigenze essenziali in materia di salute e di sicurezza pubblica, senza sforzarsi di elaborare più delle direttive tecniche dettagliate per ogni settore di interesse del mercato interno, ma affidando a degli organismi di normalizzazione il compito di elaborare tali norme.

Ciò che consente di non considerare *hard law* tali *norme* è il loro non essere obbligatorie e vincolanti per gli operatori.

Ma l'elemento che permette, d'altro canto, di ritenere le stesse *norme* come regole di *soft law*, è la loro capacità indiscussa di orientare e vincolare i comportamenti economici e commerciali dei privati interessati.

Ed invero, la fabbricazione di un prodotto alla stregua delle indicazioni contenute in *norme europee* determina una vera e propria presunzione di conformità alle “*esigenze essenziali*” stabilite dalla direttiva 83/189/CE.

Il produttore può, dunque, tranquillamente decidere di non fabbricare in conformità a tali *norme*, ma tale atteggiamento comporterà una *sanzione* di natura economico-commerciale, in quanto ricadrà su di lui l'onere di dimostrare di volta in volta, qualora intenda commercializzare il proprio prodotto sul territorio di altri Stati della Comunità, la conformità delle sue merci ai criteri ed agli standard richiesti dalla Direttiva.

Orbene, a conclusione di tale analisi, emerge evidente l'indiscutibile funzione *postlegislativa* svolta da tali strumenti procedurali di elaborazione di *regolamentazione morbida*, consolidata, del resto, dalla presunzione di conformità ai precetti *hard* della Direttiva 83/189 che deriva dal rispetto delle *norme* di natura *soft* elaborate dagli Organismi di normalizzazione.

8.2.2. Ma l'ordinamento comunitario conosce anche altre forme di *autoregolazione* o *coregolazione*.

Un esempio di modello di produzione normativa *soft*, al limite tra uno strumento di

autoregolazione o di *coregolazione* è rappresentato dalla complessa procedura prevista dal Trattato per lo sviluppo del dialogo sociale.

L'attuale quadro regolamentare, del resto, è il risultato di una complessa ed articolata evoluzione legislativa che ha dovuto superare numerose reticenze e perplessità da parte di Stati quali il Regno Unito, i quali si sono mostrati a lungo restii ad accettare anche solo l'idea di un'armonizzazione in una materia, quella del dialogo sociale, gelosamente riservata da sempre alle competenze esclusive statali, in quanto strettamente legata a politiche di welfare estremamente delicate per la gestione di un pacifico ed ordinato equilibrio tra le parti sociali.

All'origine, invero, l'articolo 118 del trattato CEE riconosceva il concetto di negoziazione e rappresentazione collettiva, ma la missione affidata alla Commissione era quella di collaborare soltanto con gli Stati membri.

Bisognerà aspettare, addirittura, il 1985 per assistere ad un primo incontro dei partner sociali a livello europeo, nel vertice che ha preso il nome di *Dialogo sociale di Val Duchesse*.

Le riunioni e gli incontri svoltisi in tale occasione hanno visto coinvolti la Confederazione europea dei sindacati (CES), l'Unione delle industrie della Comunità europea (UNICE) ed il Centro europeo delle imprese a partecipazione pubblica e delle imprese d'interesse economico generale (CEEP).

L'attività svolta dal Comitato del dialogo sociale ha consentito di adottare un numero rilevante di *dichiarazioni comuni* sull'impiego, sull'educazione, la formazione ed altre tematiche, che sembrano essere espressione e manifestazione evidente di tecniche di *autoregolazione comunitaria*.

Lo sviluppo del dibattito in materia di razionalizzazione di dialogo sociale europeo, stimolato e spronato dalle risultanze dei primi embrionali tentativi di dialogo tra le parti sociali comunitarie, ha portato all'introduzione dell'articolo 118 B del trattato CEE, in occasione dell'Atto Unico

Europeo, il quale è sembrato istituzionalizzare per la prima volta un'embrionale forma di negoziazione collettiva.

Nel 1989, poi, è stata adottata la *Carta comunitaria dei diritti sociali dei lavoratori*, nella quale sono stati individuati e riconosciuti nuovi diritti in capo ai lavoratori, ma la loro attuazione ed esecuzione, visto lo strumento non vincolante nel quale essi erano ricompresi, è stata lasciata al semplice senso di responsabilità degli Stati membri, nel rispetto ed in conformità alle pratiche nazionali.

Successivamente, il 31 ottobre 1991, venne siglato un accordo tra i partner sociali che consentiva agli accordi futuri negoziati dalla parti in causa di essere dotati di una efficacia giuridica vincolante in virtù di una *decisione* della Consiglio. Si è assiste cioè ad un processo estremamente particolare e significativo, per il quale le parti sociali, dopo aver sviluppato forme di *autoregolazione*, hanno cercato il sostegno delle istituzioni comunitarie al fine di dare maggiore rilevanza, ed effettività alle regole stabilite mediante contrattazione sociale.

Tale accordo non fu, però, inserito nel testo del Trattato di Maastricht, in quanto il Regno Unito si mostrò contrario alla sua introduzione.

Ma ciò non significò, del resto, un abbandono definitivo delle sue importanti risultanze e conquiste.

Ed invero, gli altri undici Stati membri decisero di allegare al Trattato di Maastricht un apposito Protocollo sulla politica sociale.

Soltanto in occasione del Trattato di Amsterdam si è potuto finalmente inserire il testo dell'Accordo del 31 ottobre 1991 direttamente in una disposizione del trattato.

Ecco allora che, a seguito di tale lunga evoluzione politica e giuridica, sono stati inseriti in Trattato gli attuali articoli 138 e 139 TCE, i quali, rappresentano, in tale prospettiva, il risultato di una complessa vicenda che ha visto cristallizzarsi una procedura inerente lo sviluppo del dialogo sociale approvata inizialmente solo dai partner sociali.

Appare determinante e realmente significativo, allora, leggere con attenzione il testo dei due

articoli citati, in quanto, a nostro avviso, costituisce uno dei più forti e manifesti casi di *coregolazione* o *autoregolazione* istituiti e riconosciuti dall'ordinamento comunitario.

L'articolo 138, testualmente recita che *“La Commissione ha il compito di promuovere la consultazione delle parti sociali a livello comunitario e prende ogni misura utile per facilitarne il dialogo provvedendo ad un sostegno equilibrato delle parti.*

A tal fine la Commissione, prima di presentare proposte nel settore della politica sociale, consulta le parti sociali sul possibile orientamento di un'azione comunitaria.

Se, dopo tale consultazione, ritiene opportuna un'azione comunitaria, la Commissione consulta le parti sociali sul contenuto della proposta prevista. Le parti sociali trasmettono alla Commissione un parere o, se opportuno, una raccomandazione.

In occasione della consultazione le parti sociali possono informare la Commissione della loro volontà di avviare il processo previsto dall'articolo 139. La durata della procedura non supera nove mesi, salvo proroga decisa in comune dalle parti sociali interessate e dalla Commissione”.

L'articolo 139, dal canto suo, afferma che *“Il dialogo fra le parti sociali a livello comunitario può condurre, se queste lo desiderano, a relazioni contrattuali, ivi compresi accordi.*

Gli accordi conclusi a livello comunitario sono attuati secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri o, nell'ambito dei settori contemplati dall'articolo 137, e a richiesta congiunta delle parti firmatarie, in base ad una decisione del Consiglio su proposta della Commissione. Il Consiglio delibera a maggioranza qualificata, salvo allorché l'accordo in questione contiene una o più disposizioni relative ad uno dei settori di cui all'articolo 137, paragrafo 3, nel qual caso esso delibera all'unanimità”.

Insomma, la normativa primaria ha previsto due norme interamente dedicate ad una peculiare forma di *coregolazione* ed *autoregolazione* rappresentata dalla procedura inerente lo sviluppo del dialogo sociale comunitario.

È, crediamo, una delle più significative testimonianze di regole e procedure di *soft law*

richieste, previste e disciplinate da una normativa di *hard law*.

In tal senso, è chiara e pacifica la funzione *postlegislativa* svolta da tali strumenti di dialogo sociale, se ne analizziamo il suo funzionamento in relazione ad una espressa “delega” ricevuta in trattato a disciplinare in modo morbido un insieme di materie ricomprese nell’articolo 137, direttamente da parte degli attori sociali.

E tuttavia, tale funzione, strettamente legata alla caratteristica strutturale *post legem* della procedura in esame, non deve fuorviare del tutto.

Bisogna, invero, con grande rigore scientifico, riconoscere quella che è un’altra verità, troppe volte nascosta o quantomeno offuscata dalle categorizzazioni dottrinali del *soft law* che considerano elemento fondante lo scopo legale piuttosto che la struttura di base del *diritto morbido*.

È innegabile, infatti, che gli accordi prodotti dal dialogo delle parti sociali, seppur a seguito di espressa delega autorizzatoria contenuta nell’articolo 138 CE, non rappresentano nient’altro che il fondamento *normativo soft* di una futura potenziale evoluzione legislativa *hard*.

La decisione del Consiglio che “*ratifica*” le risultanze e le conclusioni degli accordi privati si pone come il punto conclusivo di una contrattazione e di un dibattito svoltosi nella società civile interessata, seppur in forme peculiari ed istituzionalizzate, non meno – anzi probabilmente più – profondo e significativo di quello che si sviluppa a seguito della pubblicazione dei Libri Verdi o Libri Bianchi.

Si vuole sottolineare, dunque, quella che è un’ulteriore funzione, forse meno pubblicizzata e sponsorizzata a causa di reticenze dottrinali quasi “etiche” o “moralì”, e cioè la funzione *prelegisaltiva* svolta dall’azione *coregolatoria* o *autoregolatoria* dei partner sociali, nel quadro della procedura istituzionalizzata dagli articoli 138 e 139 del Trattato CE.

Riflessione questa, che conferisce ulteriore conferma alle considerazioni svolte sopra, nel paragrafo 6 del presente capitolo, a proposito dell’analisi delle differenti caratteristiche strutturali

del *soft law*.

Ed invero, emerge con evidenza, dall'analisi delle possibili manifestazioni concrete di *diritto morbido*, che nell'ambito della categoria degli strumenti di natura "*post legem*" o "*cum lege*" rientrano a pieno titolo anche atti che svolgono, in determinate circostanze, funzioni di tipo *prelegislativo*.

9. A functional classification of soft law instruments : la funzione *paralegislativa*

L'ultima funzione che possono svolgere gli strumenti di *soft law* è quella considerata di natura *paralegislativa*.

Con tale espressione si indica in dottrina lo scopo esplicitamente *normativo* dell'atto di *diritto morbido* in vera e propria alternativa all'utilizzo di una disciplina di tipo *hard*.

Le intenzioni degli autori della fonte di *diritto attenuato* rivestono, dunque, un'importanza determinante.

Ci troviamo, invero, in presenza di strumenti consapevolmente utilizzati in un settore nel quale si sarebbe potuto procedere, in presenza di una volontà politica in tale senso, a mezzo di atti di *diritto hard*.

Si preferisce, quindi, in taluni casi procedere mediante una giuridicizzazione *morbida* per ragioni non tecnico giuridiche, ma piuttosto di opportunità politica.

9.1. In tale categoria si includono, in primo luogo, i c.d. *steering instruments*, e cioè le *Raccomandazioni*, i *Pareri*, le *Decisioni*, gli *Accordi interistituzionali*, le *Conclusioni*, le *Risoluzioni*, adottate sia dal Consiglio che dalla Commissione.

9.1.1. A titolo esclusivamente esemplificativo, possiamo indicare, nel settore del riavvicinamento delle legislazioni, le *Conclusioni del Consiglio dei ministri* del 16 luglio 1984, che

sottolineavano i quattro principali orientamenti in materia di politica comunitaria di normalizzazione;

ed ancora, *La Risoluzione del Consiglio dei ministri*, del 7 maggio 1985, concernente il nuovo approccio in materia di armonizzazione tecnica e di normalizzazione, mediante la quale si incaricava la Commissione di definire in via prioritaria una effettiva politica di certificazione, in grado di attestare la conformità dei prodotti alle *norme*³³¹;

poi, la *Risoluzione del Consiglio*, del 21 dicembre 1989³³², di approvazione dei principi direttivi della politica europea in materia di valutazione di conformità³³³;

la *Decisione del Consiglio*, del 13 dicembre 1990³³⁴, con la quale si approvavano i moduli relativi alle differenti fasi di valutazione di conformità da utilizzare nelle direttive di armonizzazione tecnica;

ed infine, la *Decisione del Consiglio*, del 22 luglio 1993, concernente i moduli relativi alle differenti fasi di valutazione della conformità, e le regole di apposizione ed utilizzazione della marca *CE* di conformità destinata ad essere utilizzata nelle direttive di armonizzazione tecnica.

9.1.2. Così come possiamo elencare numerosi esempi di *Raccomandazioni* della Commissione, quali la *Raccomandazione 92/48/CEE sugli intermediari assicurativi*, la *Raccomandazione 90/109/CEE sulla trasparenza delle condizioni bancarie*, la *Raccomandazione 87/63 sull'introduzione di schemi per le garanzie di deposito*.

³³¹ A tale Risoluzione ha fatto seguito una Comunicazione della Commissione, del 15 giugno 1989, relativa all'approccio complessivo da seguire in materia di certificazione e prove

³³² GUCE, n C 10, del 16 gennaio 1990

³³³ In tale Risoluzione, inoltre, il Consiglio domandava alla Commissione di preparare le misure necessarie all'attuazione dei principi direttivi seguenti: « - *l'établissement des modules relatifs aux différentes phases des procédures d'évaluation de la conformité ainsi les critères d'utilisation, de désignation et de notification des organismes destinés à intervenir dans ces procédures et l'utilisation de la marque CE*; - *la promotion des normes relatives à l'assurance de la qualité et aux exigences auxquelles doivent répondre les organismes de normalisation, la création de systèmes d'accréditation, le recours à des techniques de comparaison*; - *l'encouragement aux accords de reconnaissance réciproque entre organismes de certification et d'essai*; - *la préparation d'une étude sur l'ensemble des infrastructures techniques dans les Etats membres afin de pouvoir remédier aux éventuelles différences de développement*; - *l'encouragement de la conclusion d'accords de reconnaissance réciproque avec les pays tiers* ».

³³⁴ Decisione 90/636/CE, GUCE n L 380, del 31 dicembre 1990.

9.1.3. Numerosi sono, poi, anche gli atti adottati in materia di politica sociale o ambientale, come la *Raccomandazione 67/125/CEE sulla protezione lavorativa dei giovani*, la *Raccomandazione 92/131/CEE sulla protezione della dignità delle donne e degli uomini al lavoro*, la *Raccomandazione 96/733/CE sugli accordi ambientali attuativi di direttive comunitarie*.

9.1.4. Ed altrettanto importanti, infine, sono gli *Accordi interistituzionali*, tra i quali ricordiamo ad esempio, in materia budgetaria, l'*Accordo* del 6 maggio 1999 di codifica di tutti gli accordi preesistenti in tale settore;

o in materia di procedura legislativa, la *Dichiarazione comune* del 4 marzo 1975, relativa all'istituzione di una procedura di concertazione, la *Dichiarazione comune* del 4 maggio 1999, sulle modalità pratiche della nuova procedura di codecisione, l'*Accordo* del 22 dicembre 1998, sulle linee direttrici comuni relative alla qualità redazionale della legislazione comunitaria.

Orbene, a conclusione di tale rapida, e necessariamente sommaria, rappresentazione di alcuni di tali strumenti, possiamo constatare, innanzitutto che, in talune circostanze, il *soft law* viene utilizzato dalle stesse istituzioni che partecipano al procedimento legislativo ordinario, quale vera e propria alternativa all'adozione della normativa tradizionale cogente comunitaria.

Il Consiglio, o la Commissione, invero, spesso, rinunciano alle tradizionali procedure della *méthode communautaire* di elaborazione giuridica, per avvalersi di strumenti più rapidi e leggeri al fine di fornire delle direttive guida per le future azioni politico giuridiche degli Stati o delle stesse istituzioni comunitarie.

Si preferisce, dunque, consapevolmente, in tali casi, una disciplina *soft* piuttosto che una *hard*.

Ma vi è anche un'altra riflessione naturale che emerge da siffatta elencazione relativa ai c.d. *steering instruments*, e cioè che un atto strutturalmente *sine lege* può, nella prassi, svolgere tranquillamente funzioni *prelegislative* che *paralegislative*.

La categoria degli strumenti di *diritto morbido sine lege*, comprende in sé, dunque, senza problematiche teoriche o dottrinali tanto atti che svolgono funzioni di preparazione ad una futura evoluzione normativa, quanto atti che, invece, si pongono in reale alternativa ad una normativa tradizionale.

9.2. L'analisi puntuale e rigorosa, però, di strumenti funzionalmente *paralegislativi*, obbliga, a nostro parere, ad un'ulteriore determinante e rivoluzionaria considerazione.

Ed invero, nel novero di tali atti di *diritto attenuato* riteniamo che entrino a pieno titolo anche tutta una serie di altri strumenti *soft* che la dottrina dominante – troppo frettolosamente – ha sempre considerato e valutato in maniera profondamente differente, solo ed esclusivamente alla stregua di fonti *postlegislative* o *prelegislative*.

Ci riferiamo a quelle regole di *diritto morbido* che le istituzioni comunitarie spesso, nell'ambito della propria azione, hanno adottato al fine di “ratificare” e, dunque, cristallizzare in norme e precetti le conclusioni e le innovazioni giuridiche prodotte a seguito di ormai stratificate pronunce giurisprudenziali.

Detto in altri termini, dall'analisi pratica delle varie espressioni concrete di *soft law* emerge l'esistenza di alcuni atti adottati al fine di dare finalmente voce a principi o diritti ormai *de facto* effettivamente vigenti nel quadro dell'ordinamento comunitario grazie all'opera svolta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

In tali fattispecie, allora, la circostanza che le istituzioni comunitarie abbiano deciso di sistematizzare e cristallizzare delle conquiste giuridiche ottenute solo in via giurisprudenziale mediante degli strumenti giuridici sì, ma di una giuridico attenuato, fa di tali atti di *soft law* *ricognitivi* delle vere e proprie fonti di *nuovo diritto* preferite, nell'occasione, alle fonti tradizionali.

In questo senso, gli atti che andremo ad indicare svolgono, a nostro avviso, una indiscutibile ed innegabile funzione *paralegislativa*.

9.2.1. Rientra sicuramente in tale fattispecie, innanzitutto, la c.d. *Comunicazione “de minimis”*.

Tale atto ha statuito che gli accordi o le pratiche concordate di alcune imprese, la cui parte di mercato cumulata non superi il 10% in caso di accordi orizzontali, ed il 15% in caso di accordi verticali, siano sottratte all’interdizione di cui all’articolo 81, paragrafo 1, CE.

D’altra parte, a ben vedere, il principio del carattere sensibile della restrizione della concorrenza era già stato riconosciuto dalla Corte di Giustizia a partire dal 1969.

In occasione della Sentenza *Volk c/. Vervaecke*³³⁵, invero, i Giudici hanno affermato che « *un accord échappe à la prohibition de l’article [81] lorsqu’il n’affecte le marché que d’une manière insignifiante, compte tenu de la faible position qu’occupent les intéressés sur le marché des produits en cause* ».

La comunicazione della Commissione rappresenta, pertanto la conclusione e la ratificazione di un principio giuridico già in vigore – giurisprudenzialmente – nell’ordinamento comunitario, che si è deliberatamente preferito, però, disciplinare per la prima volta mediante una normativa *soft* piuttosto che attraverso una regolamentazione *hard*.

Tale vicenda, del resto, consente di giungere ad un’ulteriore significativa conclusione.

Emerge con evidenza, infatti, che anche un atto strutturalmente *post legem* può svolgere – in siffatta prospettiva d’analisi – funzioni indiscutibilmente *paralegislative*, oltre a quelle ovviamente *postlegislative*.

9.2.2. Lo stesso percorso, d’altra parte, ha caratterizzato altresì la *Comunicazione per il trattamento dell’accesso al dossier*.

Ed invero, il Tribunale, sin dal 1991, cominciò un *revirement* della giurisprudenza della Corte in materia di accesso ai documenti³³⁶, adottando una posizione più aperta, per la prima volta, nella

³³⁵ Sentenza del 9 luglio 1969, Causa 5/69, Rac. 1969, pag. 295

³³⁶ La giurisprudenza costante, invero, era stata molto restrittiva in materia procedurale. Si veda, ad esempio, la Sentenza *Consten et Grundig c/. Commission*, Cause riunite 56 e 58/64, Rac. 1966, pag. 299; Sentenza *Akzo Chemie BV c/. Commission*, Causa C-62/86, Rac. 1991, pag. I-3359.

Sentenza *Hercules*³³⁷, e poi nelle Sentenze *Carbonate de soude*³³⁸.

La Comunicazione del 1997 in materia di accesso al dossier è stata, dunque, adottata con lo scopo di allineare la propria azione amministrativa con la giurisprudenza applicabile.

Ancora una volta, quindi, l'istituzione comunitaria ha preferito emanare rapidamente un atto di *soft law* piuttosto che mettere in moto il lungo e farraginoso procedimento di elaborazione di una fonte tradizionale di diritto *hard*.

Siffatta analisi teleologica di tale atto, del resto, ci fornisce la rappresentazione di uno strumento di *soft law* assolutamente peculiare.

Ed invero, la Comunicazione sull'accesso al dossier ha svolto tutte le tre funzioni caratteristiche del *soft law*, in un continuum temporale che la colloca, a seconda del momento storico considerato e della prospettiva di analisi adottata, tra gli strumenti *para*, *post* e *prelegislativi*.

Con l'ulteriore conclusione, che un atto strutturalmente *post legem* può svolgere, oltre alle funzioni ovviamente *postlegislative*, altresì compiti *paralegislativi*, ed in taluni casi *prelegislativi*.

9.2.3. Lo stesso discorso è riferibile al c.d. *paquet « compensation d'obligation de service public »*, del 18 febbraio 2004.

Tale complesso di misure ha posto fine ad un dibattito infinito che si trascinava tra la Commissione e la Corte di Giustizia, relativamente alla problematica del finanziamento pubblico dei servizi di interesse economico generale e del suo rapporto con la disciplina comunitaria sugli *aiuti di Stato*³³⁹.

Il problema era tutto nella risposta al quesito di fondo, se il finanziamento delle obbligazioni di servizio pubblico entra o meno nella nozione di *aiuto di Stato* inteso come « *toute interventions*

³³⁷ Sentenza *Hercules Chemicals c/. Commission*, del 17 dicembre 1991, Causa T-7/89, Rac. 1991, pag. II-1711.

³³⁸ Sentenza *ICI c/. Commission*, del 29 giugno 1995, Causa T-37/91, Rac. 1995, pag. II-1847; e Sentenza *Solvay c/. Commission*, Causa T-30/91, Rac. 1995, pag. II-1775.

³³⁹ Per una più ampia disamina della tematica si rinvia a M. Dony et C. Smits, *Aides d'Etat*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, pag. 109 e sgg.

qui, sous des formes diverses allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise ».

A tale domanda le risposte che si susseguirono nel corso degli anni erano il riflesso di due differenti approcci della tematica.

Secondo l'approccio *aiuto di Stato*, tale finanziamento costituisce in ogni caso un *aiuto di Stato*, suscettibile eventualmente di essere giustificato a norma dell'articolo 86, paragrafo 2, CE, con la conseguenza che ogni attività statale di tal genere necessita di una notifica preliminare alla Commissione.

L'approccio definito *compensatorio*, invece, vede in tale finanziamento non un *aiuto*, bensì nient'altro che un'appropriata remunerazione per i servizi forniti o un rimborso dei costi di fornitura dei servizi stessi, onde non si avverte la necessità giuridica di alcuna notifica preliminare alla Commissione.

La Corte, dopo vari tentennamenti, sembra propendere ormai per quest'ultima interpretazione della natura giuridica del finanziamento dei servizi di interesse economico generale.

Ed invero, già la Sentenza *Ferring*³⁴⁰, del 22 novembre 2001, fortemente influenzata sul punto dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, affermò che un'esenzione fiscale accordata a delle imprese incaricate di un servizio di interesse economico generale, esclusivamente rivolta a compensare i costi supplementari di tale servizio non rappresentasse un *vantaggio*, onde non costituiva un *Aiuto*.

Tale conclusione, relativa, in fondo, alla reinterpretazione della nozione di *vantaggio* accordato al beneficiario, è stata pienamente confermata dalla successiva, ormai celebre, Sentenza *Altmark*³⁴¹ del 24 luglio 2003.

La pronuncia in questione ha affermato che « *sont considéré comme des aides les interventions qui, sous quelque forme que ce soit, sont susceptibles de favoriser directement ou indirectement des entreprises (...) ou qui sont à considérer comme un avantage économique que*

³⁴⁰ Sentenza del 22 novembre 2001, Causa C-53/00, Rac. I, pag. 9067.

³⁴¹ Sentenza *Altmark Trans GmbH*, del 24 luglio 2003, Causa C-280/00.

l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché », raison per cui « dans la mesure où une intervention étatique doit être considérée comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuée par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public, de sorte que ces entreprises ne profitent pas , en réalité, d'un avantage financier et que ladite intervention n'a donc pas pour effet de mettre ces entreprises dans une position concurrentielle plus favorable par rapport aux entreprises qui leur font concurrence, une telle intervention ne constitue pas une aide d'Etat au sens de l'article 87 du traité CE ».

Un finanziamento rivolto a compensare i costi aggiuntivi derivanti all'impresa beneficiaria dall'esecuzione di obblighi di servizio pubblico di cui è incaricata non determina alcun tipo di vantaggio concorrenziale per l'impresa stessa.

Non si rientra dunque assolutamente nella fattispecie di aiuto di Stato.

Affinché, però, tale principio si realizzi nella pratica la Corte ha aggiunto che debbano ricorrere necessariamente quattro condizioni cumulative.

L'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata di obblighi di servizio pubblico, e tali obblighi debbono essere chiaramente definiti.

I parametri sui quali è calcolata la sovracompensazione, poi, devono essere preliminarmente stabiliti in modo oggettivo e trasparente.

Inoltre, la compensazione non deve superare ciò che è necessario per coprire tutto o parte dei costi aggiuntivi, tenendo in debito conto le spese relative e un benefico ragionevole per l'esecuzione di tali obblighi.

Infine, qualora la scelta dell'impresa non sia effettuata mediante una procedura di selezione pubblica il livello della compensazione necessario deve essere determinato sulla base di una analisi dei costi che una impresa media, ben gestita e adeguatamente attrezzata, sosterebbe per eseguire le suddette obbligazioni di servizio pubblico.

A seguito di tale fondamentale Sentenza della Corte, la Commissione ha ritenuto opportuno dare un seguito *normativo* alla nuova impostazione giurisprudenziale in tema di analisi degli aiuti di Stato.

Tuttavia, ancora una volta, la Commissione non ha inteso avvalersi dei suoi poteri esclusivi di iniziativa per giungere all'elaborazione di un testo di diritto comunitario vincolante.

Essa ha inteso, invece, lanciare piuttosto, in data 18 febbraio 2004, una consultazione su tre progetti di proposizioni denominati pacchetto *compensazione d'obblighi di servizio pubblico*.

Tale insieme di disposizioni regolamentari, presentate in data 15 luglio da M.me Kroes, sono incluse in tre differenti testi.

La Commissione, invero, ha adottato innanzitutto una *Decisione* « *concernant l'application des dispositions de l'article 86 du traité aux aides d'Etat sous forme de compensation de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt économique général* »³⁴²,

Tale decisione precisa le condizioni al ricorrere delle quali un finanziamento debba essere considerato compatibile con il trattato ed esentato dall'obbligo di notifica preliminare, ed afferma che qualora siano rispettate le indicazioni fornite dalla Sentenza *Altmark*, e il finanziamento sia inferiore a delle soglie predeterminate, la compensazione non sia qualificabile come *aiuto di Stato*.

Accanto alla Decisione, del resto, la Commissione ha adottato, altresì, un *Inquadramento* « *communautaire des aides d'Etat sous forme de compensation de service public* »³⁴³.

Come si evince anche dalla pubblicazione effettuata nella Serie C della Gazzetta Ufficiale, siamo in presenza di un Atto non vincolante, e quindi chiaramente di *soft law*.

L'*Inquadramento* considera la giurisprudenza *Altmark* come punto di partenza della propria regolamentazione.

Ed invero, tale documento intende precisare le condizioni alle quali delle misure compensatorie di servizi di interesse pubblico non rispettose dell'insieme delle indicazioni fornite

³⁴² 2005/842/CE, G.O. L 312/05.

³⁴³ G.O. C 297 del 29 novembre 2005.

dalla Corte, e costituenti dunque aiuto di Stato, possano essere dichiarate in ogni caso compatibili con il Trattato in applicazione dell'articolo 86, paragrafo 2.

La Commissione, dunque, ha optato per uno strumento di *diritto morbido*, accanto ad uno di diritto vincolante, al fine di stabilizzare e chiarire le direttrici giuridiche della propria azione in materia di aiuti di Stato a seguito di una sentenza rivoluzionaria della Corte.

Il *soft law* è stato scelto dall'istituzione comunitaria come fonte di una vera e propria "nuova regolamentazione" rivolta agli operatori economici ed agli Stati membri in conseguenza di nuovi principi introdotti in diritto comunitario in via soltanto giurisprudenziale.

Si è attribuito, in tal modo, al *diritto morbido* una funzione evidentemente paralegislativa, in quanto sono stati introdotti nuovi principi e regole in grado di condizionare la condotta dei destinatari in un settore sprovvisto di una regolamentazione vincolante aggiornata e adeguata alle recenti indicazioni fornite dalla Corte³⁴⁴.

9.2.4. Identico discorso, infine, vale anche, per la *Carta dei diritti di Nizza*.

Come è noto a tutti, nei trattati istitutivi delle Comunità europee vi era un silenzio assoluto in materia di protezione e tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, i quali hanno cominciato a fare il loro ingresso nel diritto comunitario in via esclusivamente giurisprudenziale³⁴⁵.

La Corte, invero, dopo un primo periodo di incertezza³⁴⁶, si adeguò alle istanze e alle obiezioni mosse dalle Corti costituzionali nazionali, soprattutto tedesca³⁴⁷ e italiana³⁴⁸, dando vita ad una giurisprudenza profondamente ispirata dalla ricerca della protezione dei diritti fondamentali.

³⁴⁴ Il progetto della Commissione prevedeva, del resto, anche l'adozione di una modifica della Direttiva 80/723/CEE, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le imprese pubbliche. Le indicazioni fornite dalla Commissione, in tal senso, concernono l'obbligo di una contabilità separata applicabile alle imprese beneficiarie di compensazioni di servizio pubblico che svolgono anche altre attività al di fuori di quelle di servizio di interesse economico generale.

³⁴⁵ In materia di diritti fondamentali si propone, per un approfondimento, S. Staiano, *I diritti fondamentali nelle giurisprudenze costituzionali e nelle prospettive dell'Unione Europea*, in *Il diritto costituzionale comune europeo*, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2002, Tomo I, pag. 133 e sgg.

³⁴⁶ Nella Sentenza *Stork c/. Haute Autorité*, del 4 febbraio 1959, Causa 1/58, la Corte rifiutò di prendere in considerazione i diritti fondamentali protetti dagli Stati membri.

³⁴⁷ Sentenza *Solange I*, del 29 marzo 1974.

³⁴⁸ Sentenza *Frontini e Pozzani*, del 27 dicembre 1973; Sentenza *Granital*, dell'8 giugno 1984.

La Corte di Giustizia, per la prima volta si pronunciò in tal senso nella Sentenza *Stauder*³⁴⁹, laddove riconobbe che i diritti fondamentali facevano parte del diritto comunitario quali principi generali del diritto.

In seguito, la Sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*³⁵⁰ precisò che fosse opportuno ispirarsi, per quanto concerneva la corretta identificazione e definizione di tali diritti fondamentali, alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Lo stato attuale della situazione sembra, del resto, ben riassunto nella formula della Sentenza *Wachhauf*³⁵¹, che recita « ...*En vertu d'une jurisprudence constante établie notamment par l'arrêt du 13 décembre 1979 (Hauer, affaire 44/79, rec. P. 3727), les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. En assurant la sauvegarde de ces droits, la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, de telle sorte que ne sauraient être admises dans la Communauté des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus par les constitutions de ces Etats. Les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire* ».

A fronte di un tale attivismo della Corte, tuttavia, non è mai corrisposta una volontà delle istituzioni comunitarie di inserire in Trattato un vero e proprio catalogo, o quanto meno un'indicazione del complesso dei diritti fondamentali riconosciuti e tutelati dall'ordinamento comunitario.

Certo, il Trattato sull'Unione europea ha segnato una tappa importante nel processo di razionalizzazione e sistematizzazione giuridico normativa dei diritti fondamentali.

L'attuale articolo 6 TUE riprende, infatti, la giurisprudenza della Corte affermando che « *L'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux*

³⁴⁹ Sentenza del 12 novembre 1969, Causa 29/69, Rac. pag. 419.

³⁵⁰ Sentenza del 17 dicembre 1970, Causa 11/70, Rac. pag. 1125.

³⁵¹ Sentenza del 13 luglio 1989, Causa 5/88, Rac. pag. 2609.

États membres.

L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire... ».

Ma, nonostante tale fondamentale disposizione, appare assolutamente evidente, tuttavia, che il Trattato preveda ancora soltanto una formula generale da riempire di contenuti mediante la giurisprudenza della Corte.

Il diritto cogente comunitario, dunque, ad oggi non prevede alcuna norma che operi un riferimento preciso ai differenti diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento.

È in tale prospettiva, pertanto, che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, firmata a Nizza nel dicembre del 2000, riveste un'importanza notevole da non sottovalutare.

Tale dichiarazione, invero, si ispira alla giurisprudenza della Corte e riunisce per la prima volta in un unico testo *normativo* tutti i diritti civili e politici, economici e sociali attualmente riconosciuti dalla sensibilità giuridica e culturale europea.

Finalmente le istituzioni comunitarie hanno deciso di inserire in un unico documento una indicazione – pur non necessariamente esaustiva – del catalogo dei diritti fondamentali dell'individuo garantiti nell'ambito dell'ordinamento giuridico comunitario.

È una vera e propria rivoluzione, se si considera l'ispirazione e l'impostazione originaria esclusivamente economica del Trattato e di tutto l'impianto politico istituzionale delle Comunità europee.

Ciò che colpisce, d'altra parte, è, ancora una volta, la scelta dello strumento utilizzato dalle istituzioni per dare vita a tale operazione di sistematizzazione e cristallizzazione.

Il Consiglio, il Parlamento e la Commissione hanno preferito la firma di un Accordo interistituzionale piuttosto che una revisione del Trattato in grado di inserire nel suo testo organico

una parte dedicata a tale tematica.

Certo, oggi, come già ampiamente rilevato in precedenza, la Convenzione sul futuro dell'Europa ha proposto l'inserzione della Carta nella parte seconda della "Costituzione", ma questo rappresenta uno sviluppo successivo e, purtroppo, ancora non concluso definitivamente³⁵².

Quello che, in questa prospettiva di analisi, appare interessante evidenziare, allora è che un atto strutturalmente *sine lege* può svolgere tranquillamente non solo funzioni *prelegislative*, ma anche compiti di natura *paralegislativa*.

9.3. Nell'ambito degli strumenti di *soft law* con funzioni di tipo *paralegislativo*, d'altra parte, bisogna inserire, a nostro avviso, anche un'altra tipologia di atti di *diritto morbido*, anch'essi considerati costantemente dalla dottrina dominante quali strumenti con compiti esclusivamente *postlegislativi*.

Intendiamo far riferimento a quelle fonti di *soft law* adottate in concomitanza con l'emanazione di normative di *hard law* in determinati settori, come quello del diritto della concorrenza o degli Aiuti di Stato.

Si assiste, invero, spesso all'approvazione di regolamentazioni vincolanti che si accompagnano, contestualmente alla loro entrata in vigore, ad altre regolamentazioni *soft*.

Le istituzioni, cioè, in alcuni casi, hanno ritenuto opportuno emanare, in contemporanea, e sul medesimo oggetto, atti di natura *hard* ed atti applicativi od esecutivi di natura *soft*.

In tali circostanze, non possiamo, allora, non parlare necessariamente di strumenti di *soft law* con funzioni espressamente *paralegislative*.

9.3.1. Un primo esempio di tali atti è rappresentato da quello che viene definito il c.d. *Paquet*

³⁵² Sul punto si propone la lettura di S. Gambino, *Diritti fondamentali e Trattato costituzionale*, in Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2005, Tomo I, pag. 933 e sgg.; C. Storini, *Garanzie dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, in Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2005, Tomo I, pag. 1007 e sgg; J. Lonzano Miralles, *La Carta de Niza y la "futura" Constitución europea : derechos fundamentales y garantías*, in Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2005, Tomo I, pag. 1091 e sgg.

modernisation, adottato il 30 marzo 2004.

Si tratta di un complesso di disposizioni procedurali ritenute necessarie per l'efficace entrata in vigore del nuovo Regolamento CE n. 1/03 di attuazione delle regole di concorrenza previste agli articoli 81 e 82 CE.

Tale insieme di disposizioni è contenuto in ben sei Comunicazioni della Commissione.

La prima è la *Communication relative à la coopération au sein de réseau des autorités de concurrence*³⁵³, con la quale si è inteso chiarire e precisare il rapporto funzionale tra la Commissione e le Autorità nazionali di concorrenza, per quanto concerne la divisione del lavoro, il meccanismo di cooperazione per l'attribuzione degli affari e l'applicazione omogenea delle regole di concorrenza.

La seconda è la *Communication sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE*³⁵⁴, che ha affrontato il problema della cooperazione funzionale tra i Tribunali statali e la Commissione in materia di applicazione delle regole di concorrenza.

La terza è la *Communication relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE*³⁵⁵, rivolta ad agevolare le imprese ed i cittadini desiderosi di ottenere riparazione dei pregiudizi subiti a causa di sospette violazioni delle regole di concorrenza, mediante le indicazioni sulla scelta da operare tra il deposito di un ricorso alla Commissione o presso una giurisdizione nazionale, e mediante l'esposizione della procedura di trattamento del ricorso depositato presso la Commissione.

La quarta è rappresentata dalla *Communication relative à des orientation informelles sur des questions nouvelles qui se posent dans les affaires individuelles au regard des articles 81 et 82 du traité CE (lettres d'orientation)*³⁵⁶, che individua le condizioni al ricorrere delle quali la Commissione esaminerà una domanda di lettera di orientamento, e le questioni alle quali fornirà

³⁵³ 2004/C 101/03.

³⁵⁴ 2004/C 101/04.

³⁵⁵ 2004/C 101/05.

³⁵⁶ 2004/C 101/06.

eventualmente risposta.

Accanto a queste Comunicazioni, la Commissione ne ha, inoltre, adottate altre due denominate *Linee direttrici*, l'una sulla nozione di pregiudizio al commercio³⁵⁷, e l'altra sulle condizioni di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 CE³⁵⁸.

Orbene, a seguito di tali considerazioni, si palesa, a nostro avviso, quella che è una indiscutibile funzione *paralegislativa* di questi atti di *soft law*, i quali essendo stati adottati in contemporanea all'entrata in vigore di una normativa *hard*, non solo ne integrano i contenuti, ma ne ampliano in un certo senso l'oggetto della disciplina.

Quindi, ancora una volta, anche un atto indiscutibilmente *cum lege* svolge, in pratica, funzioni non *postlegislative*, ma piuttosto compiti di natura indiscutibilmente *paralegislativa*, in quanto appare intenzionalmente e volutamente *sostitutivo* – non meramente, dunque, *integrativo* – della normativa vincolante per la disciplina di alcuni aspetti specifici della regolamentazione di un settore.

9.5. Del resto, evidenti funzioni di emanazione di precetti in via assolutamente alternativa alla legislazione ordinaria comunitaria sono svolte, poi, anche da quella procedura di produzione regolamentare che viene comunemente definita *Metodo Aperto di Coordinamento*.

Il Libro bianco sulla *governance* ha espressamente affermato la necessità che l'Unione rinnovi e dia un nuovo slancio alla c.d. *méthode communautaire* completando e sostenendo la regolamentazione vincolante mediante l'adozione di strumenti di natura non legislativa.

Infatti, si avverte ormai una sorta di incapacità dell'Unione di agire efficacemente in settori nei quali si avverte il bisogno di regole in grado di rispondere alle esigenze dei cittadini, quali il dominio della sicurezza sociale, della disoccupazione, della protezione dell'ambiente, della sicurezza alimentare, ed altri ancora.

³⁵⁷ 2004/C 101/07.

³⁵⁸ 2004/C 101/08.

È necessario che l'Europa intraprenda un processo di riforme istituzionali che le consenta di rispondere in maniera più adeguata a delle nuove richieste che la collettività le pone ormai in via diretta

È in tale contesto che il Libro bianco ha avviato il dibattito sulla riforma delle *governance*, intesa come la modalità con cui l'Unione europea utilizza i poteri attribuiti dai cittadini. A tale scopo, si avverte l'opportunità di combinare tra loro strumenti differenti della politica pubblica, quali la legislazione, il dialogo sociale ed i programmi d'azione.

Allo stesso tempo, d'altra parte, si considera determinante la capacità dell'Unione di dare risposte quanto più rapide possibile alle esigenze dei mercati senza i lunghi tempi richiesti dall'adozione ed attuazione delle regole comunitarie tradizionali.

È nel quadro di tali esigenze, che si è ritenuto indispensabile completare, rinforzare, o sostituire, in alcuni casi, l'azione comunitaria mediante l'impiego di un modello alternativo di *governance*, definito *méthode ouverte de coordination*³⁵⁹.

9.5.1. A ben vedere, d'altra parte, una prima embrionale forma di *governance* fondata su una strategia di coordinamento delle politiche nazionali era già presente nel Trattato di Amsterdam, il quale ha segnato l'incontro tra il *soft law* ed il diritto del lavoro comunitario.

L'articolo 125 TCE, invero, ha sancito l'impegno degli Stati membri e della Comunità a sviluppare strategia coordinata a favore dell'occupazione, ed in particolare a favore della promozione di una forza lavoro competente, qualificata, adattabile e di mercati del lavoro in grado di rispondere ai mutamenti economici, al fine di realizzare gli obiettivi generali di cui all'articolo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 2 del trattato della Comunità europea.

L'articolo 128, dal canto suo, ha definito nei dettagli la struttura di tale nuova forma di coordinamento delle politiche nazionali, denominata *Strategia europea per l'occupazione*, o

³⁵⁹ Il Libro bianco considera tale forma di *governance* come « *un moyen d'encourager la coopération, d'échanger de bonnes pratiques et de convenir d'objectifs communs et d'orientations communes aux États membres, parfois avec le soutien de plans d'action nationaux, comme pour l'emploi et la lutte contre l'exclusion sociale. Elle se fonde sur la mesure régulière des progrès réalisés sur la voie de ces objectifs afin que les États membres puissent comparer leurs efforts et s'enrichir de leurs expériences mutuelles* ».

La disciplina elaborata ha previsto che la *governance* in materia di occupazione si svolgesse secondo una modalità procedurale precisamente scadenzata nel tempo.

Ed invero, in base a una relazione annuale comune del Consiglio e della Commissione, il Consiglio europeo esamina annualmente la situazione dell'occupazione nella Comunità e adotta le *Conclusioni* del caso. Sulla base delle *Conclusioni* del Consiglio europeo, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale, del Comitato delle Regioni e del Comitato per l'occupazione, elabora annualmente degli *orientamenti* di cui devono tener conto gli Stati membri nelle rispettive politiche in materia di occupazione.

Tali *orientamenti* vengono organizzati intorno ai quattro pilastri della politica comunitaria in tema di occupazione (occupabilità, imprenditorialità, adattabilità, pari opportunità).

Ciascuno Stato membro, poi, è obbligato a trasmettere al Consiglio e alla Commissione una relazione annuale sulle principali misure adottate per l'attuazione della propria politica in materia di occupazione e contenute nei Piani nazionali per l'occupazione, redatte ovviamente nel pieno ed assoluto rispetto degli *orientamenti* del Consiglio.

Il Consiglio stesso, infine, procede annualmente ad un esame dell'attuazione delle politiche degli Stati membri in materia di occupazione alla luce degli orientamenti in materia di occupazione, sulla base dell'analisi delle relazioni statali pervenute e dei pareri del comitato per l'occupazione,.

A seguito di tale studio e verifica il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su

³⁶⁰ Si legga, per un approfondimento sul tema, Biagi M., *L'impatto dell'European Employment Strategy sul ruolo del diritto del lavoro nelle relazioni industriali*, in RIDL, 2000, I, pag. 413; Barbera M., *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, in LD, 2000, Brescia, Promodis; La Macchia C., *Profili della politica comunitaria in tema di occupazione*, in RGL, 200b, pag. 916; Goetschy J., *Tehe European Employment Strategy : strength and weakness of an open method of coordination*, ECSA, Winsconsin University, USA, autumn 2000; JC Barbier, "The European Employment Strategy: A Channel for Activating Social Protection?" J Zeitlin and P Pochet (eds.), *The Open Method of Coordination in Action: The European Employment and Social Inclusion Strategies* (P.I.E.-Peter Lang, 2005); C Ehrel, L Mandin, and B Palier, "The Leverage Effect: The Open Method of Coordination in France" in J Zeitlin and P Pochet (eds.), *The Open Method of Coordination in Action: The European Employment and Social Inclusion Strategies* (P.I.E.-Peter Lang, 2005); K Jacobsson, *Soft Regulation and the Subtle Transformation of States: The Case of EU Employment Policy 2002/4*, SCORE (Stockholm, Stockholm Center for Organizational Research, 2002); K Jacobsson and A Vifell, "New Governance Structures in Employment Policy-making? Taking Stock of the European Employment Strategy" in I. Linsenmanns, C. Meyer and W. Wessels (eds.), *Economic Governance in the EU* (Palgrave Macmillan, London, 2005).

raccomandazione della Commissione, può, se lo considera opportuno sulla base di detto esame, rivolgere *raccomandazioni* agli Stati membri.

Tale *Strategia* mostra con chiarezza l'intento dei redattori del Trattato di Amsterdam.

Non si è assolutamente cercato di realizzare un'armonizzazione dei sistemi nazionali, bensì si è preferito avviare un processo di coordinamento delle politiche occupazionali statali che potesse permettere di raggiungere gli obiettivi comuni indicati a livello comunitario, pur nel pieno rispetto dell'autonomia culturale ed istituzionale nazionale.

Ciascuno Stato ha, così, l'opportunità di mettere adottare gli strumenti che ritiene più consoni alla struttura giuridica, culturale e sociale del proprio Paese al fine di raggiungere i risultati richiesti dalla Comunità.

La *Strategia* richiamata, del resto, è stata completata mediante un'ulteriore struttura procedurale peculiare.

L'articolo 129 TCE, invero, ha stabilito che il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni, potesse adottare *misure di incentivazione* dirette a promuovere la cooperazione tra Stati membri e a sostenere i loro interventi nel settore dell'occupazione, mediante iniziative volte a sviluppare gli *scambi di informazioni* e delle *migliori prassi (best practices)*, a fornire *analisi comparative* e *indicazioni*, nonché a promuovere approcci innovativi e a valutare le esperienze realizzate, in particolare mediante il ricorso a *progetti pilota*.

Tale norma, insomma, ha introdotto nell'ordinamento comunitario un insieme di nuovi strumenti *leggeri* il cui scopo era – ed è ancora oggi – quello di promuovere un coordinamento *soft* delle politiche giuslavoristiche statali, senza comportare la necessità di armonizzare le disposizioni legislative e regolamentari dei singoli Stati membri.

Siffatto metodo rappresenta, dunque, l'espressione di un disegno regolativo assolutamente alternativo all'armonizzazione normativa dei sistemi lavoristici mediante direttive o regolamenti.

Si intende realizzare gli obiettivi occupazionali comunitari mediante una procedura che contempli l'adozione di strumenti fondati su una forza di tipo *persuasivo* in grado di condizionare la condotta e le azioni degli Stati membri pur senza prevedere obblighi giustiziabili in capo agli stessi.

D'altra parte, sarebbe un errore considerare ogni singolo atto *morbido* in maniera isolata ed analizzarne in tal guisa i suoi effetti precettivi senza legarli a tutti gli altri atti adottati nel quadro della procedura sopra rappresentata.

Ciò che caratterizza, invero, tali strumenti richiamati è il loro essere strettamente ed intimamente legati tra loro in una precisa struttura procedimentale dettagliatamente cristallizzata che conferisce ai singoli atti, considerati nel loro insieme, una forza complessiva molto maggiore di quella risultante dalla singola somma di essi.

In altri termini, ciò che rende effettivamente fortemente *vincolanti de facto* gli atti di *soft law* adottabili nel quadro della Strategia prevista dagli articoli 128 e 129 TCE, è il loro essere parte di un più ampio e complessivo processo definito *Metodo aperto di coordinamento*.

Tale modulo procedurale consente di dar vita ad una forma di *multi-level governance* nel quale si individua un intreccio tra differenti livelli e ambiti di competenze e di poteri.

In tale circostanza, dunque, l' *effetto conformativo* del *soft law* deriva dal combinarsi di differenti meccanismi previsti in trattato, quali l'iterazione dei processi decisionali, la standardizzazione dei linguaggi e dei parametri utilizzati, i condizionamenti derivanti da procedure di reciproco confronto³⁶¹, effetti emulativi derivanti dalla diffusione delle "migliori prassi".

³⁶¹ Si legga, sul tema, il lavoro di Bano F., *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione : il soft law*, in Diritto e Lavoro, Il Mulino, 2003, pag. 60, laddove sottolinea che a completamento della ricostruzione della Strategia europea dell'occupazione, fosse opportuno richiamare altri due strumenti che consentono di conformare i comportamenti degli Stati membri: il *benchmarking* ed il *peer review*. Il primo è un sistema di analisi per monitorare e valutare le *performance* degli ordinamenti nazionali per quanto concerne le politiche occupazionali. Il secondo, invece, consiste in un programma di esame d'esperti, volto alla promozione ed allo scambio delle migliori prassi attuate dagli Stati membri in tema di mercato del lavoro e di occupazione, che la Commissione considera elemento essenziale della Strategia sull'occupazione, in quanto il suo valore aggiunto "è strettamente legato alla capacità di promuovere l'apprendimento degli altri e di sviluppare la cultura della valutazione al fine di migliorare la qualità delle politiche e dei provvedimenti" (Commissione europea, *Il futuro della Strategia europea per l'occupazione. "Una strategia per il pieno impiego e posti di lavoro migliori per tutti"*, 14 gennaio 2003, COM 2003, Bruxelles).

La dottrina dominante, pur riconoscendo che gli obblighi di cui al Titolo VIII del Trattato CE siano carenti di “*una immediata giustiziabilità nei confronti dei soggetti che non li osservano*”³⁶², ha riconosciuto in ogni caso il loro carattere giuridico, dal momento che “*creano un’aspettativa di conformità ad esse delle prestazioni dei singoli Stati membri*”³⁶³, onde la riconduzione delle linee guida sull’occupazione nella categoria del *soft law* “*non significa che esse non costituiscano un vero e proprio obbligo di legge solo perché mancano di un apparato sanzionatorio*”³⁶⁴.

Tale peculiare espressione di *soft law*, allora, rientra a nostro avviso, a pieno titolo nel quadro degli strumenti *leggeri* con funzioni *paralegislative*.

Ed invero, la regolamentazione *morbida* è apparsa in questo caso come la “*tecnica funzionalmente più idonea a coordinare i rapporti fra gli Stati membri e a bilanciare unità e diversità...dando l’idea del cauto avanzamento dell’autorità sopranazionale in un territorio contestato*”³⁶⁵.

In tal senso, il *soft law* appare lo strumento ideale per lo sviluppo di politiche comunitarie innovative in settori nei quali la base legale del Trattato appare insufficiente, in grado, dunque, di affermare comunque l’esistenza di un modello giuridico procedimentale comunitario in aree dove, altrimenti, la produzione di regole giuridiche sarebbe restato saldamente nelle mani degli Stati membri³⁶⁶.

Il *diritto morbido*, pertanto, costituisce il solo ed unico modo per affermare e disciplinare mediante il *diritto comunitario* in alcuni settori estranei all’azione comunitaria tradizionale.

³⁶² S. Sciarra, *Parole vecchie e nuove : diritto del lavoro e occupazione*, in ADL, 199, pag. 369.

³⁶³ M. Biagi, *op. cit.*, pag. 418.

³⁶⁴ M. Biagi, *op. cit.*, pag. 419.

³⁶⁵ M. Barbera, *op. cit.*, pag. 134.

³⁶⁶ Sul tema, si legga, però, anche S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell’Europa sociale*, Quaderni costituzionali, Il Mulino, 2004, pag. 281 e sgg., la quale sostiene che l’attuazione del Titolo VIII abbia confermato tutte le potenzialità di una tecnica regolativi non costrittiva, proprio, però, perché attenta all’esercizio della sovranità nazionale in materie che toccano da vicino i valori costituzionali, da un lato, e che, da un altro, si collegano spesso alla disponibilità di stanziamenti nei bilanci degli Stati e dunque a priorità da indicare nelle scelte di politica economica. Metodo aperto, a detta dell’autrice, vuol dire anche questo, e cioè che le competenze nazionali non vengono toccate, ma si crea nelle istituzioni comunitarie l’aspettativa di un risultato coerente, il più possibile funzionale all’obiettivo da raggiungere.

9.5.2. Le *Linee direttrici sull'occupazione*, d'altra parte, devono essere conformi agli indirizzi di massima per le politiche economiche previsti all'articolo 99, paragrafo 2 TCE.

È per questa ragione che diventa indispensabile coordinare l'analisi svolta sulle politiche occupazionali con una riflessione più generale inerente la materia della politica economica comunitaria.

In tale ottica, dunque, è necessario approfondire lo studio anche dell'intero Titolo VII del Trattato, il quale, invero, è dedicato alla *Politica economica e monetaria*.

Tale Titolo VII, del resto, presenta anch'esso direttamente delle sue caratteristiche peculiari che rivestono un grande interesse per la nostra ricerca.

Ed invero, anche in materia di politica economica il Trattato ha previsto un vero e proprio sistema articolato di *soft law* rivolto al coordinamento delle politiche degli Stati membri al fine di raggiungere gli obiettivi della Comunità, nel rispetto di un'economia di mercato aperta, nella quale la concorrenza sia libera.

La disposizione dell'articolo 99, paragrafo 2, stabilisce che il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su raccomandazione della Commissione, elabori un progetto di indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati membri e della Comunità definiti *grandi orientamenti delle politiche economiche (GOPE)*, e ne riferisce le risultanze al Consiglio europeo.

Il Consiglio europeo, deliberando sulla base di detta relazione del Consiglio, dibatte delle conclusioni in merito agli indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati membri e della Comunità.

Sulla base di dette conclusioni, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, adotta una *raccomandazione* che definisce i suddetti indirizzi di massima, informandone il Parlamento europeo.

Al fine di garantire un più stretto coordinamento delle politiche economiche e una convergenza duratura dei risultati economici degli Stati membri, il Consiglio, sulla base di *relazioni* presentate dalla Commissione, *sorveglia* l'evoluzione economica in ciascuno degli Stati membri e

nella Comunità, nonché la coerenza delle politiche economiche con gli *indirizzi di massima* elaborati e procede regolarmente ad una valutazione globale.

Ai fini di detta sorveglianza multilaterale, gli Stati membri trasmettono alla Commissione le *informazioni* concernenti le misure di rilievo da essi adottate nell'ambito della loro politica economica, nonché tutte le altre informazioni da essi ritenute necessarie.

Qualora si accerti, secondo tale procedura, che le politiche economiche di uno Stato membro non siano pienamente coerenti con gli *indirizzi di massima* o corrano il rischio di compromettere il corretto funzionamento dell'Unione economica e monetaria, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su raccomandazione della Commissione, può rivolgere allo Stato membro in questione le necessarie *raccomandazioni*.

E lo stesso Consiglio potrebbe inoltre, qualora ritenuto opportuno, decidere, a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, di rendere pubbliche le proprie raccomandazioni.

Il ruolo di tali *indirizzi di massima* è ormai centrale nello sviluppo delle politiche economiche comunitarie. La *raccomandazione quadro* del Consiglio ECOFIN di giugno/luglio contiene un capitolo generale per l'insieme dell'Unione e delle prescrizioni specifiche per ogni Stato membro.

Tale complessa procedura di *governance* costituisce il fulcro di tutto un sistema elaborato al fine di coordinare il settore macroeconomico comunitario, fondato sull'importanza determinante di una *sorveglianza multilaterale* rivolta nei confronti degli Stati, ma che non prevede alcun tipo di sanzione tradizionale nel caso di inosservanza degli obblighi derivanti dalla *raccomandazione* del Consiglio.

Tutto l'impianto macroeconomico è costituito, dunque, da una forma di *governance* di tipo *soft* direttamente ed espressamente prevista del trattato in alternativa all'utilizzo di tradizionali strumenti di regolazione comunitaria *hard*.

È di tutta evidenza, allora, che ci si trova in presenza di un insieme di norme e procedure di *soft law* con funzioni *para-legislative*, inserite in trattato in sostituzione di regole e procedure

fondate sulla *méthode communautaire* classica.

9.5.3. D'altra parte, se è vero che la *Strategia europea sull'occupazione* abbia introdotto, per prima, di fatto una nuova modalità di *governance*, tale procedura regolamentare, tuttavia, non aveva trovato ancora una sua formalizzazione, razionalizzazione e sistematizzazione teorica comunitaria.

È solo in occasione del vertice europeo di Lisbona, infatti, che si è proceduto a cristallizzare l'esistenza di una vera e propria nuova forma di *governance* comunitaria.

Il Consiglio europeo di Lisbona ha evidenziato che l'Unione europea si trovava dinanzi ad una svolta epocale risultante dalla globalizzazione e dalle sfide presentate da una nuova economia basata sulla conoscenza. L'Unione doveva modellare tali cambiamenti in modo coerente con i propri valori e concetti di società, anche in vista del prossimo allargamento.

L'Unione si prefissava, dunque, *un nuovo obiettivo strategico* per il nuovo decennio: *diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale*. Il raggiungimento di questo obiettivo richiede una *strategia globale*.

Questa strategia è intesa a consentire all'Unione di ripristinare condizioni propizie alla piena occupazione e a rafforzare la coesione regionale nell'Unione europea.

Il Consiglio europeo dovrà stabilire, dunque, l'obiettivo della piena occupazione in Europa nella nuova società emergente, maggiormente adeguata alle scelte personali di donne e uomini

Elemento determinante di questa nuova strategia è rappresentato, senza dubbio, dal miglioramento dei processi regolativi esistenti, possibile solo mediante l'introduzione di un ***nuovo metodo di coordinamento aperto*** a tutti i livelli, associato al potenziamento del ruolo di guida e di coordinamento del Consiglio europeo ai fini di una direzione strategica più coerente e di un efficace monitoraggio dei progressi compiuti.

L'attuazione dell'obiettivo strategico sarà, dunque, fortemente agevolata dall'applicazione di

un *nuovo metodo di coordinamento aperto*, considerato quale strumento in grado di diffondere le *buone prassi* e conseguire una *maggiore convergenza* verso le finalità principali dell'Unione.

Tale metodo si fonda sull'idea dell'assistenza comunitaria agli Stati membri nell'elaborazione progressiva delle loro nuove politiche.

Tale sforzo di coordinamento, senza armonizzazione, comporta un insieme di moduli procedurali integrati tra loro.

Innanzitutto, la definizione di orientamenti dell'Unione in combinazione con calendari specifici per il conseguimento degli obiettivi da essi fissati a breve, medio e lungo termine.

Poi, la determinazione, se del caso, di indicatori quantitativi e qualitativi e di parametri di riferimento ai massimi livelli mondiali, commisurati alle necessità di diversi Stati membri e settori, intesi come strumenti per confrontare le buone prassi.

Ancora, la trasposizione di detti orientamenti europei nelle politiche nazionali e regionali fissando obiettivi specifici e adottando misure che tengano conto delle diversità nazionali e regionali.

Infine, il periodico svolgimento di attività di monitoraggio, verifica e valutazione *inter partes*, organizzate nel quadro di un processo di apprendimento reciproco.

Sei elementi sono considerati dalla dottrina dominante, come determinanti nella capacità del *Metodo aperto di coordinamento* di condizionare le politiche nazionali³⁶⁷.

Innanzitutto c'è il c.d. *shaming*, ossia la paura di critiche e giudizi negativi nei *peer review* e nelle Raccomandazioni del Consiglio.

Poi, assume rilievo la *diffusion through mimesis*, nel senso della capacità di proporre modelli positivi di politiche nazionali in grado di incoraggiare l'emulazione da parte di altri Stati.

³⁶⁷ David M. Trubek, Patrick Cottrell, and Mark Nance, in "Soft Law," "Hard Law," and *European Integration: Toward a Theory of Hybridity*, University of Wisconsin-Madison, 21 aprile 2005, pag. 17; A Hemerijck and J Visser, *Policy Learning in European Welfare States* (2003) Unpublished manuscript, Universities of Leyden and Amsterdam, October: 5.; K Jacobsson, *Between Deliberation and Discipline: Soft Governance in EU Employment Policy* in U Mörtz (ed.) *Soft Law and Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis* (Cheltenham, Edward Elgar, 2004).

Ancora, determinante è la *diffusion through discourse*, come diffusione di un vocabolario comune, di simboli ed indicatori condivisi che agevola il coordinamento delle politiche statali.

Importante, è inoltre il *networking*, inteso quale creazione di nuovi legami politici tra i governi coinvolti, che facilita la creazione di processi di apprendimento e di sviluppo comune.

Rilevante, poi, è il ruolo della *deliberation*, cioè il processo di condivisione delle esperienze e di creazione di una comune identità, attraverso l'interazione e la socializzazione continua e reciproca.

Infine, determinante è il c.d. *learning*, considerato come “*a change of ideas and beliefs (cognitive and/or normative orientations), skills, or competencies as a result of the observation and interpretation of experience*”.

Il *Metodo aperto di coordinamento* rappresenta, allora, una vera e propria modalità regolativa alternativa alla legislazione tradizionale, in grado di favorire « *l'intégration par la coopération* », che rappresenta, ormai, il nuovo paradigma della costruzione europea³⁶⁸.

Il *soft law* diventa davvero la modalità di produzione normativa in grado di dare nuovo impulso ad un processo di integrazione europea che altrimenti sembra arenato ad un'armonizzazione delle politiche economiche, senza riuscire a penetrare nel cuore delle politiche sociali ed occupazionali nazionali³⁶⁹.

³⁶⁸ P. Magnette, *L'intégration par la coopération, un nouveau modèle de construction européenne ?*, Le nouveau modèle européen (dir.) P. Magnette, E. Remacle, vol. 1, ed. dell'ULB, Bruxelles, 2000, pagg. 25-29. Per un'analisi relativa alle difficoltà del *Metodo aperto di coordinamento* nel quadro dell'allargamento dell'Europa, si rinvia, tuttavia, a S. De La Rosa, *La méthode ouverte de coordination dans le nouveaux Etats membres. Les perspectives d'utilisation d'un outil de soft law*, in *L'élargissement et la nouvelle Europe après 2004*, Troisième rencontre internationale des jeunes chercheurs, Bruylant, Bruxelles, 2005.

³⁶⁹ Sui vantaggi di tale modello procedimentale si veda F. Amtenbrink and J. de Haan, “Economic Governance in the EU: Fiscal Policy Discipline versus Flexibility,” (2001) 3 *Common Market Law Review* 40 ; e David M. Trubek, Patrick Cottrell, and Mark Nance, in “*Soft Law, “Hard Law,” and European Integration: Toward a Theory of Hybridity*,” University of Wisconsin-Madison, 21 aprile 2005, laddove si sostiene che il *soft law* 1) *Reduces negotiation costs*. Soft law reduces the levels of obligation, delegation, and/or precision, and therefore makes cooperative agreements possible. In the context of fiscal coordination, very name of the central instrument that protects against excessive deficits suggests that Member States had different ideas on what should take priority: stability or growth. They realized that once they signed the Treaty it would be hard to make changes, as that would require unanimity. So, to get agreement, they kept certain provision vague and/or non-binding. Hodson and Maher observe, “...by building in considerable discretion in the Pact, scope for reform without resort to formal legal changes is possible and more likely than if formal

Il *soft law* costituisce, pertanto, in riferimento a tale nuova espressione di *governance comunitaria*, come strumento privilegiato dell'attuale fase storica dell'integrazione europea³⁷⁰.

10. Conclusione

Alla luce di tutte le considerazioni sviluppate sopra, sembra evidente l'errore di quanti in dottrina sostengono che soltanto gli strumenti *sine lege* possano assolvere a reali compiti di natura *paralegislativa* e possano, dunque, essere realmente in grado di rappresentare un'alternativa credibile alla legislazione.

Con l'ulteriore conseguenza che solo tali atti possano rappresentare e costituire delle vere e reali minacce ai principi fondanti l'ordine giuridico comunitario.

Ed invero, si è cercato di dimostrare che anche strumenti apparentemente *postlegislativi* possano, in alcuni casi, svolgere funzioni indiscutibilmente *paralegislative* ponendosi come

legal instruments—including the Treaty—had to be reformed. 2) *Reduces sovereignty costs*. States can limit sovereignty costs through non-binding or imprecise arrangements that do not delegate extensive powers. With respect to the Pact, soft law “provides a ready means for member states to express concern for budgetary discipline, without actually ceding control over fiscal policy,” as Member States were unwilling to delegate a significant amount of authority to the Community level. 3) *Deals well with uncertainty*. Soft law is well equipped to cope with uncertainty by providing the flexibility necessary to allow for the possibility of renegotiation and/or reform that may be required as circumstances evolve over time. Building considerable discretion in the Pact makes reform possible without having to resort to formal legal changes. Soft law also is appropriate when it is impossible to specify a precise standard. This is the case for the medium term balance standard that involves complex and contestable econometric projections. Hodson and Maher contend that it was for this reason that it this standard was left in the realm of soft law. 4) *Facilitates compromise*. Soft law can take divergent national circumstances into account through flexible implementation, which in turn helps states deal with the domestic political and economic consequences of an agreement. Because soft law commits states to specific forms of discourse and procedure, it makes it easier for them to understand one another and thus achieve compromise over time. For example, recent Commission proposals for reform were, to large extent, based on prior experience with the Pact. 5) *Improves information flows and facilitates learning*. Soft legal instruments such as benchmarking, monitoring, and review develop a common discourse that helps states learn from one another. For example, the Pact's reporting mechanisms improve transparency and reduce information asymmetry between national economies. 6) *Encourages consistency and disseminates information*. Soft law can improve transparency “by providing a code of practice for states when preparing their stability or convergence programmes for the Council and Commission and a timeline for medium term adjustment.” These measures encourage consistency in bureaucratic decisionmaking and inform the wider public of official attitudes. 7) *Deals well with imprecision of standards and goals*. Under the Pact, some of the agreed targets (e.g. medium term target of close to balance or in surplus or the general government debt level of below 60% of GDP or falling) are “unavoidably imprecise and cannot give rise to binding legal obligations or legally enforceable sanctions.”

³⁷⁰ Anche se a tal proposito, alcuni autori preferiscono parlare, piuttosto, di una forma di giuridicizzazione *ibrida* che racchiude in sé elementi di *hard* e profili di *soft law*. Sul tema, si veda, ad esempio, l'analisi sviluppata da David M. Trubek, Patrick Cottrell, and Mark Nance, in *op. cit.*; ed ancora, Dehousse, Renauld *The Open Method of Coordination: A New Policy Paradigm?*, 2002, Paper presented at the first Pan-European Conference on European Union Politics, 'The Politics of European Integration: Academic Acquis and Future Challenges'.

concreta alternativa alla normativa tradizionale.

Così come non può assolutamente condividersi, del resto, la riflessione di quanti affermano che gli strumenti strutturalmente *post legem* con funzioni esclusivamente *postlegislative* siano, in quanto tali, ontologicamente incapaci di creare delle problematiche rilevanti in termini di rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario.

Anche uno strumento semplicemente interpretativo di *soft law* crea delle problematiche da affrontare e comprendere.

Non fosse altro che per la semplice ed elementare considerazione per la quale la norma giuridica è sempre comunque il risultato di un'interpretazione del testo legislativo. Onde anche un atto autoritativo di natura interpretativa, che non sia il risultato né di un'interpretazione autentica né tantomeno giurisdizionale, contribuisce indiscutibilmente all'elaborazione di una norma *hard* e di conseguenza alla sua prassi applicativa.

La norma è altro dalla disposizione contenuta nella regola di diritto.

La norma è il frutto dell'analisi critica e dell'interpretazione del testo.

Gli atti di *soft law* interpretativi condizionano ed influenzano l'interpretazione della disposizione letterale *hard* che viene fatta dai destinatari del precetto e dagli operatori del diritto, giudici compresi.

Onde tale *soft law* contribuisce a creare, a suo modo, diritto *hard*.

Tale riflessioni, d'altra parte, risultano, a nostro avviso, strettamente ricollegate ad un ulteriore profilo da analizzare, e cioè quello relativo agli *effetti legali* degli atti di *soft law*.

Discorso, questo che tira in ballo necessariamente l'operato della Corte di Giustizia, che ha contribuito in misura determinante e fondamentale al chiarimento di quali siano gli effetti pratici degli strumenti di *soft law*, e quindi, in via indiretta, all'identificazione di quegli atti in grado di porre reali problemi all'effettiva vigenza dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario.

Ed invero, solo quegli atti ritenuti dalla giurisprudenza della Corte in grado di condizionare i comportamenti dei cittadini in modo alternativo o complementare, e dunque, in misura eguale, alla normativa *hard* determinano la necessità di una disincantata riflessione su come affrontare e risolvere i rischi di possibili tradimenti dei principi e valori fondamentali dell'ordinamento comunitario.

CAPITOLO III

La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di soft law

SOMMARIO: 1. Introduzione; - 2. *The incidental legally binding force*; - 3. *Le condizioni per l'attribuzione di forza normativa vincolante indiretta agli strumenti di soft law*; - 4. *I Libri verdi della Commissione europea*; - 5. *La Carta di Nizza*; - 6. *The Steering instruments*; - 7. *Un necessario inquadramento teorico degli strumenti post legem*; - 8. *Il dibattito dottrinale sullo strumento della Comunicazione*; - 9. *Gli effetti giuridici delle comunicazioni della Commissione*; 10. *Conclusione*.

1. Introduzione

1.1. Qualora si intenda avviare un'indagine relativa agli *effetti normativi* dei vari strumenti di *soft law* è necessario, ovviamente, tenere, ancora una volta, bene a mente la multiforme ed eterogenea varietà di atti cui riferire i risultati della ricerca.

Non può assolutamente immaginarsi di fornire una visione unitaria ed omnicomprensiva di quelli che sono gli effetti giuridici riconducibili al *soft law*.

D'altro canto, lo studio del diritto tradizionale non consente certamente l'elaborazione di categorie unitarie relative alla forza normativa delle varie differenti fonti di produzione giuridica.

Ogni atto-fonte del diritto *hard* ha una sua peculiare forza giuridica attiva e passiva, onde non si comprende la motivazione dello stupore eventuale nel comprendere che anche gli strumenti-fonte

di diritto *soft* possano avere effetti normativi profondamente differenti tra loro.

1.2. L'indagine relativa alla forza giuridica attiva delle fonti di *soft law*, impone, d'altro canto, un'ulteriore chiarimento inerente direttamente la nozione di *effetto normativo* proprio di un atto di *soft law*.

A nostro avviso, invero, la dottrina e la giurisprudenza, quando fanno riferimento alla forza vincolante di strumenti di *diritto morbido*, affrontano la tematica operando un inconscio ed implicito raffronto con la regolamentazione tradizionale vigente.

In altri termini, la cultura giuridica continentale tradizionale non può fare a meno di rapportarsi alla normativa *hard* per individuare e decifrare la forza giuridico-normativa di regole *soft*.

Non c'è altra possibilità, a causa dei tradizionali schemi mentali e teorici dei quali siamo profondamente imbevuti, di mostrare la giuridicità di un atto di *soft law* se non evidenziando quali sono i suoi rapporti di forza con gli strumenti di *hard law* e le loro reciproche interazioni.

Ogni qualvolta, dunque, si parlerà di effetti giuridici di atti di *diritto morbido* lo si farà evidenziando gli effetti prodotti nei confronti di fonti e norme di *diritto tradizionale*.

1.3. L'ultima considerazione preliminare, infine, intende sottolineare il ruolo determinante che le giurisdizioni Comunitarie hanno svolto nell'ambito della individuazione e sistematizzazione degli effetti normativi delle varie espressioni di *european soft law*.

Ciò che merita di essere, in prima battuta, evidenziato è che i Giudici comunitari, nella pratica corrente, si avvalgono in misura notevole dell'ausilio di tutto lo strumentario di *soft law* attualmente presente nell'ordinamento giuridico comunitario.

Tale attenzione rivolta ad atti di *giuridicità attenuata* è sintomo di uno sforzo effettivo ed assolutamente apprezzabile di esprimere una valutazione che sia quanto più possibile corretta ed *equa* sulla liceità e legittimità di atti, comportamenti, pratiche o intese delle Amministrazioni

pubbliche nazionali o degli operatori privati comunitari.

Diviene sempre più evidente che la giurisprudenza comunitaria si senta incaricata, e tenda ad assumere consapevolmente, un ruolo molto particolare, consistente nel *fare e rendere giustizia* piuttosto che essere la semplice e mera *bouche de la loi*.

Il Giudice Comunitario è chiamato ad una valutazione *case-by-case* della portata concreta di strumenti che pur implicando delle *soft obligation* diventano parametri normativi indiscussi dell'azione delle istituzioni comunitarie, degli Stati membri, e dei privati, alla stessa stregua delle norme contenute in un Regolamento o in una Direttiva.

La Corte ed il Tribunale si trovano ormai proiettati nel ruolo di garanti e tutori di un nuovo ed effettivo ***Rule of soft law*** comunitario.

2. *The incidental legally binding force*

Al fine di individuare gli effetti pratici attribuiti dalle giurisdizioni comunitarie agli strumenti di *soft law* comunitario, riteniamo, del resto, analizzare innanzitutto l'operato della Corte – poi del Tribunale – in materia di ammissibilità dei ricorsi in annullamento.

Ed invero, i Giudici di Lussemburgo – come è certamente noto – hanno dato vita ad una splendida giurisprudenza intesa a privilegiare i profili sostanziali e contenutistici degli atti comunitari contestati al fine di dichiarare la ricevibilità o meno delle doglianze rivolte nei loro confronti.

E tale orientamento, a nostro avviso, determina delle conseguenze teoriche, ma anche pratiche, in relazione all'analisi degli effetti concreti ed alla sistematizzazione dottrinale di alcuni peculiari atti di *diritto attenuato* comunitario.

2.1. Come già affermato nel corso del lavoro, l'elencazione fornita dalla norma sulla

produzione del Trattato, l'articolo 249, non prevede una lista esaustiva ed esclusiva delle fonti di diritto comunitario.

È per questo motivo, del resto, che l'articolo 230 del Trattato CE parla di *atti* sui quali la Corte è chiamata ad un controllo di legalità, la cui unica caratteristica richiesta è quella di *produrre effetti giuridici* nei confronti dei terzi.

Tale norma ha consentito alla Corte di sviluppare una giurisprudenza ferma ed ormai assolutamente consolidata, in virtù della quale un ricorso in annullamento è aperto nei confronti di « *toutes dispositions prises par les institutions, quelles qu'en soi la nature ou la forme, qui visent à produire des effets de droit* »³⁷¹.

La Corte, insomma, ha da sempre privilegiato un criterio sostanziale piuttosto che formale per valutare la ricevibilità dei ricorsi proposti contro atti che, pur non rispondendo a predeterminati requisiti di forma, potessero, tuttavia essere in grado di produrre effetti giuridici concreti³⁷².

Da tale semplice e ben nota considerazione, pertanto, ne deriva che in numerose occasioni la Corte ha attribuito, in via indiretta e preliminare, a taluni atti e strumenti di *soft law* degli indiscutibili ed innegabili effetti giuridici di forza e natura pari a quelli di atti normativi di *hard law*.

In queste ipotesi, infatti, la Corte ha riconosciuto che lo strumento di *soft law* portato innanzi al suo giudizio presentava gli stessi requisiti di obbligatorietà che l'ordinamento comunitario in astratto riconosce a strumenti normativi riconosciuti quali fonti formali di diritto.

Applicando il principio della prevalenza del contenuto sulla forma, che richiede di procedere alla qualificazione dell'atto sulla base del suo contenuto, la Corte, in talune circostanze, ha considerato strumenti di *soft law* come muniti degli stessi requisiti di atti-fonte espressamente abilitati dall'ordinamento comunitario a produrre effetti giuridici obbligatori.

³⁷¹ Sentenza *AETR, Commissione c/. Consiglio*, del 31 marzo 1971, Causa 22/70, Rac. pag. 263.

³⁷² Lo stesso indirizzo è stato seguito, del resto, anche a proposito dell'eccezione d'illegittimità ai sensi dell'art. 241 CE. Come è noto, questa disposizione contempla la possibilità di fare valere, in via incidentale, l'illegittimità di un atto unicamente nel caso «di una controversia che metta in causa un *regolamento* adottato congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio o un regolamento del Consiglio, della Commissione o della BCE». A partire però dalla sentenza *Simmenthal*, la Corte ha ampliato l'ambito di applicazione dell'eccezione a tutti «gli atti delle istituzioni che, pur non avendo la forma di regolamento, producono tuttavia effetti analoghi», vale a dire atti di carattere generale, che proprio per questo motivo, non possono essere direttamente impugnati dai singoli in base all'art. 230 CE (Si legga sul punto, molto chiaramente, Conclusioni Avvocato generale Tizzano, presentate l'8 luglio 2004, Causa C-189/02P, *Dansk Rørindustri A/S contro Commissione delle Comunità europee*, punti 54 e sgg.)

La *teoria sostanzialistica* sviluppata dalla Corte, dunque, conduce alla necessità di una distinzione preliminare tra veri e propri *effetti normativi* riconosciuti a strumenti dotati, dunque, di *incidental legally binding force*, ed *effetti giuridici pratici* attribuiti, invece, in altro modo, ad atti privi di forza legale vincolante indiretta.

Tale distinzione è ampiamente condivisa dalla dottrina più moderna, la quale, invero, a proposito di questi ultimi ha introdotto la nozione di “*True soft law acts*”³⁷³, che non rispondono alle condizioni sostanziali individuate di volta in volta dalla Corte per attribuire loro forza giuridica vincolante indiretta.

Per quanto concerne gli atti innominati cui la Corte ha riconosciuto degli effetti giuridici vincolanti esterni, è opportuno sottolineare che i giudici hanno dato vita ad un indirizzo giurisprudenziale costante volta a rifiutare la circostanza per la quale il *titolo* o la *forma esterna* di un atto possano costituire il criterio decisivo del carattere attaccabile o meno dello stesso.

2.2. Sin dai primissimi anni di attività la Corte ha cercato di analizzare il contenuto sostanziale degli atti posti al suo vaglio giurisdizionale, al fine di comprendere se, sotto le mentite spoglie di un atto formalmente non obbligatorio, potesse, invece, camuffarsi una fonte di impegni giuridicamente vincolanti per i suoi destinatari.

Per la prima volta la Corte, nella Sentenza del 1957, *Société des usines à tubes de la Sarre*, a seguito di ricorso proposto dall’Alta Autorità, non si è accontentata di dichiarare il ricorso irricevibile per il semplice motivo che non si discuteva di un atto considerato formalmente una *decisione*, ma si sforzò di valutare « *si l’acte attaqué ne constitue pas, comme le sous-entend la partie requérante, une décision camouflée* ».

Si affermava, invero, che « *aux termes de l’article 33 du traité et de la jurisprudence de la Cour, seuls les actes de la Haute Autorité qui constituent, indépendamment de leur forme, des*

³⁷³ L. Senden, *op. cit.*, pag. 266 e sgg.

*décisions ou des recommandations au sens de l'article 14 du traité, peuvent faire l'objet d'un recours en annulation »*³⁷⁴.

Qualche anno più tardi, del resto, la Corte ebbe l'occasione di confermare tale indirizzo in una serie di Cause riunite, decise con la Sentenza *Usines Emile Henricot*³⁷⁵, nella quale si ribadì, che, pur essendo preferibile e desiderabile identificare le *decisioni* nel rispetto delle forme prestabilite, tuttavia « *il ne s'ensuite pas que cette qualité devrait être déniée à un acte auquel ferait défaut une condition de forme non substantielle si, par ailleurs, les conditions de fond attachées à la notion de décision au sens du traité étaient satisfaites* ».

Sempre nella stessa direzione interpretativa è andata, poi, anche la Sentenza *Noordwijks Cement Accord*³⁷⁶, nella quale i Giudici di Lussemburgo si sono trovati a giudicare sugli eventuali effetti legali di una *lettera* della Commissione, nella quale si dava un'interpretazione applicativa alle regole di concorrenza comunitarie.

La Corte affermò, in tale circostanza, che la lettera oggetto della contestazione in effetti “*affected the interest of the undertaking by bringing about a distinct change in their legal position*”, ragion per cui essa costituiva non una semplice opinione, ma piuttosto una vera e propria *decisione* vincolante per i suoi destinatari.

La medesima linea, d'altronde, ha caratterizzato anche la Sentenza *Gauff*, nella quale la Corte si è pronunciata su una richiesta di annullamento della decisione contenuta in una lettera 20 giugno 1980, inviata dalla Commissione alla ricorrente, ai termini della quale quest'ultima non sarebbe stata considerata idonea a partecipare alle gare o alle licitazioni private di appalti pubblici di forniture di servizi finanziati dal fondo europeo di sviluppo.

La Commissione sosteneva, ovviamente, che la lettera 20 giugno 1980 del direttore del suo servizio giuridico non costituisse una decisione ai sensi dell'ex articolo 173, paragrafo 2, del Trattato CEE, né sotto il profilo delle competenze del suo estensore, né sotto quello del suo contenuto e delle circostanze di fatto in cui è stata stilata. Ad avviso della resistente, non

³⁷⁴ Sentenza *Société des usines à tubes de la Sarre*, del 10 dicembre 1957, Rac. III, pag. 201 sgg.

³⁷⁵ Sentenza *Usines Emile Henricot*, del 5 dicembre 1963, Cause riunite 23, 24, 52/63, Rac. 1963, pag. 439 sgg.

³⁷⁶ Sentenza *Noordwijks Cement Accord*, Cause riunite 8, 11/66, Rac. 1967, pag. 75 e sgg.

producendo tale lettera effetti giuridici nei confronti della ricorrente, quest'ultima non aveva alcun interesse giuridicamente protetto a sollevare astrattamente una questione giuridica senza relazione con una determinata procedura di aggiudicazione, l'espletamento della quale, soltanto, consentiva di adottare una decisione come quella sollecitata.

La Corte, sul tema, affermò che, poiché alcuna disposizione pertinente alla materia attribuiva a organi della convenuta competenza a pronunciarsi con decisioni di portata generale sull'idoneità di un interessato all'aggiudicazione degli appalti di cui trattasi, il direttore generale del servizio giuridico della Commissione non aveva il potere di adottare una decisione nei termini sollecitati dalla ricorrente.

Onde, mancando l'esercizio di un potere contemplato da norme giuridiche e inteso a produrre effetti giuridici atti a ledere gli interessi della ricorrente modificandone la situazione giuridica, la lettera 20 giugno 1980 non poteva considerarsi come una decisione ai sensi dell'art. 173, paragrafo 2, del trattato CEE, e non era quindi suscettibile di sindacato giurisdizionale tramite il ricorso contemplato dalla suddetta disposizione.

2.3. Lo stesso orientamento, ovviamente, ha caratterizzato, anche la giurisprudenza relativa agli atti attaccabili in sede di procedura pregiudiziale ai sensi dell'abrogato articolo 177.

In un primo momento, la Corte aveva ammesso la possibilità di esprimersi solo in merito all'*interpretazione* di un atto non vincolante, quale ad esempio una *raccomandazione*, nella Sentenza *Frecassetti*³⁷⁷.

Ma dopo una fase di incertezza, anche dottrinale, i Giudici di Lussemburgo hanno finalmente riconosciuto che, qualora una giurisdizione nazionale ritenga che una decisione sulla *validità* di un atto sprovvisto di forza obbligatoria sia assolutamente necessaria per la soluzione della controversia sottoposta al suo esame, debba essere consentito a tale giurisdizione di adire la Corte di Giustizia su

³⁷⁷ Sentenza, *Frecassetti*, del 15 giugno 1976, Causa 113/75, Rac. pag. 983 e sgg.; confermata, poi, in altre occasioni, tra le quali ricordiamo la Sentenza *Deutsche Shell*, del 21 gennaio 1993, Causa C-188/91, Rac. I-363 e sgg.

questo soggetto³⁷⁸.

Ed il medesimo indirizzo ha caratterizzato anche la giurisprudenza relativa all'interpretazione degli atti che possano essere oggetto di un'eccezione d'illegittimità ai sensi dell'art. 241 CE.

Sul tema, del resto, è intervenuto, di recente, l'Avvocato generale Tizzano, il quale, nelle sue Conclusioni dell'8 luglio 2004, nel Caso *Dansk Rørindustri*, ha avuto modo di riepilogare l'atteggiamento della Corte in materia.

Come è noto, la disposizione di cui all'articolo 241 citato contempla la possibilità di fare valere, in via incidentale, l'illegittimità di un atto unicamente nel caso «di una controversia che metta in causa un *regolamento* adottato congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio o un regolamento del Consiglio, della Commissione o della BCE».

A partire però dalla sentenza *Simmenthal*³⁷⁹, la Corte ha ampliato l'ambito di applicazione dell'eccezione a tutti «gli atti delle istituzioni che, pur non avendo la forma di regolamento, producono tuttavia effetti analoghi», vale a dire atti di carattere generale, che proprio per questo motivo, non possono essere direttamente impugnati dai singoli in base all'art. 230 CE.

Essa ha, però, precisato che debba esistere un collegamento stretto tra l'atto impugnato e quello di cui si fa valere incidentalmente l'illegittimità. Quest'ultimo deve «essere (...) applicabile, direttamente o indirettamente, alla fattispecie controversa»³⁸⁰ e deve sussistere «un nesso giuridico diretto» tra la decisione individuale impugnata e l'atto generale³⁸¹.

Insomma, la Corte ha, sin dall'inizio della sua attività istituzionale rifiutato di utilizzare un criterio formale al fine di affermare il carattere attaccabile o meno di un atto delle Comunità.

Da tale indirizzo processuale, d'altro canto, ne è derivato una considerazione di natura sostanziale, e cioè che gli atti considerati attaccabili fossero, di conseguenza, effettivamente

³⁷⁸ Sentenza *Grimaldi*, del 13 dicembre 1989, Causa C-322/88, Rac. 1989, pag. 4407 e sgg.

³⁷⁹ Sentenza del 6 marzo 1979, causa 92/78, *Simmenthal/Commissione*, Rac. pag. 777, punto 40.

³⁸⁰ Sentenza del 13 luglio 1966, causa 32/65, *Italia/Consiglio e Commissione*, Rac. pag. 295.

³⁸¹ Sentenze del 31 marzo 1965, causa 21/64, *Macchiorlatti Dalmas e Figli/Alta Autorità*, Rac. pag. 221, in particolare 238, e del 10 giugno 1986, cause riunite 81/85 e 119/85, *Usinor/Commissione*, Rac. pag. 1777, punto 13.

vincolanti per i loro destinatari, alla stessa stregua di un atto fonte tipico.

3. Le condizioni per l'attribuzione di forza normativa vincolante indiretta agli strumenti di soft law

Tuttavia, quanto considerato fin qui non ci consente di comprendere appieno quali siano le caratteristiche necessarie richieste dalla giurisprudenza affinché un atto di *soft law* possa essere ritenuto effettivamente concretamente in grado di produrre effetti giuridici vincolanti *hard*.

Ed invero, le Sentenze analizzate in precedenza hanno dato contezza della possibilità che atti di *diritto morbido* siano attaccabili dai loro destinatari, riconoscendo, in tal guisa, un'astratta potenzialità obbligatoria vincolante di essi, fondata sull'indirizzo giurisprudenziale sostanziale ormai noto.

Ma quali siano le condizioni necessarie perché la giurisprudenza riconosca nel caso concreto la effettiva forza normativa, seppur indiretta, non è stato ancora analizzato.

La Corte ha creato, *de facto*, tutta una serie di indicatori e di criteri che potessero consentirle di verificare *case-by-case* quali atti, attaccati in via principale, d'eccezione, o pregiudiziale, fossero effettivamente in grado di produrre effetti vincolanti nell'ordinamento comunitario, pur non rispondendo ai requisiti formali richiesti per essere fonte legale di diritto.

3.1. Innanzitutto, i Giudici rivolgono la loro attenzione all'intenzione dell'autore dell'atto contestato.

È indispensabile che vi sia una reale *voluntas* legislativa e normativa volta ad elaborare precetti in grado di disciplinare in determinata materie.

Tale intento teleologico può emergere, talvolta, da una semplice analisi dei contenuti lessicali e terminologici del documento in esame.

La Corte, invero, nella Sentenza *Schluter*,³⁸² ad esempio, ha considerato che la *Risoluzione* del 22 marzo 1971, fosse espressione di una volontà politica del Consiglio e dei rappresentanti degli Stati membri di creare un'Unione economica e monetaria nei 10 anni successivi al 1 gennaio 1971, senza creare alcun tipo di conseguenza legale vincolante nei confronti delle parti.

Allo stesso modo, la Sentenza *Sucrimex*³⁸³, chiamata a valutare il rilievo giuridico di un *messaggio telex* inviato dalla Commissione, evidenziò che né i termini utilizzati, né il contesto complessivo del testo mostrassero un reale intento normativo dell'autore.

3.1.1 D'altra parte, l'indagine sul contenuto letterale delle espressioni contenute negli atti di *soft law* posti al vaglio della Corte non sempre consentiva di individuare il carattere sostanzialmente vincolante di tali atti.

In alcuni casi, pertanto, la Corte ha fatto ricorso ad un'analisi più approfondita del tenore complessivo dello strumento contestato, dando vita ad un'interpretazione più sistematica che letterale.

È questo l'operato seguito, per la prima volta, nella soluzione del Caso che ha condotto alla nota Sentenza *Grimaldi*.

La questione pregiudiziale verteva sull'interpretazione della *raccomandazione* della Commissione agli Stati membri 23 luglio 1962, per l'adozione di un elenco europeo delle malattie professionali³⁸⁴, e della *raccomandazione* della Commissione 20 luglio 1966, n. 66/462, relativa alle condizioni di indennizzabilità delle vittime di malattie professionali³⁸⁵, alla luce dell'articolo 189, comma 5, del Trattato CEE,

Era in gioco, dunque, l'interpretazione di raccomandazioni che, a tenore dell'articolo 189, 5° comma, del Trattato CEE, non erano assolutamente vincolanti.

La Corte era chiamata a dare risposta alla questione relativa alla sua competenza a statuire a

³⁸² Sentenza *Schluter*, Causa 9/73, Rac. 1973, pag. 1135 e sgg.

³⁸³ Sentenza *Sucrimex*, Causa 13/79, Rac. 1980, pag. 1299 e sgg.

³⁸⁴ G.U. 1962, n. 80, pag. 2188.

³⁸⁵ G.U. 1966, n. 147, pag. 2696.

norma dell'art. 177 del Trattato³⁸⁶.

In tale ottica, allora, dopo aver ricordato la sua costante giurisprudenza secondo la quale, anche se i regolamenti, in forza dell'art. 189 del Trattato CEE, sono direttamente efficaci e quindi abilitati, per natura, a produrre effetti diretti, non se ne può inferire che le altre categorie di atti contemplate dal suddetto articolo non possano mai produrre effetti analoghi³⁸⁷, la Corte ha ritenuto opportuno verificare in concreto se le *raccomandazioni* attaccate fossero idonee a produrre effetti vincolanti allo scopo di accertare se potessero attribuire diritti ai singoli.

Così, i Giudici hanno rilevato che esse facevano riferimento, nella motivazione, all'articolo 155 del Trattato CEE, il quale attribuiva alla Commissione il potere generale di formulare raccomandazioni, ed agli articoli 117 e 118 dello stesso Trattato. E visto che tale norma faceva salva la competenza degli Stati membri in campo sociale, con riserva dell'applicazione di altre disposizioni del Trattato³⁸⁸, nulla consentiva, allora, di dubitare che gli atti contestati fossero delle vere e proprie *raccomandazioni*, ragion per cui erano da considerare atti che non miravano a produrre effetti vincolanti nei confronti dei loro destinatari.

3.1.2. In altri casi, invece, la Corte ha considerato determinante, al fine di confermare l'intenzione delle parti di non vincolarsi, l'analisi dello sviluppo dei "*lavori preparatori*" o eventualmente dei "*negoziati*" preliminari precedenti l'adozione dell'atto in esame.

Tale circostanza si è verificata nella redazione della Sentenza *France c/. Commissione*, del 23 marzo 2004³⁸⁹, avente ad oggetto la conclusione da parte della Commissione degli *orientamenti in materia di cooperazione normativa e trasparenza* con gli Stati Uniti d'America.

³⁸⁶ A questo proposito, è determinante rilevare, infatti, che, diversamente dall'art. 173 del Trattato CEE, che escludeva il sindacato della Corte sugli atti aventi la natura di raccomandazione, l'art. 177 attribuiva alla Corte la competenza a statuire, in via pregiudiziale, sulla validità e l'interpretazione degli atti adottati dalle istituzioni della Comunità, senza alcuna eccezione. Del resto, la Corte si era già pronunciata più volte, nell'ambito di procedimenti pregiudiziali promossi a norma dell'art. 177, sull'interpretazione di raccomandazioni adottate in base al Trattato CEE (si vedano, ad esempio, Sentenza del 15 giugno 1976, causa 113/75, *Frecassetti/Amministrazione delle Finanze dello Stato*, Rac. pag. 983; e Sentenza del 9 giugno 1977, causa 90/76, *Van Ameyde/UCI*, Rac. pag. 1091).

³⁸⁷ Si veda, in particolare, la Sentenza del 29 gennaio 1985, Causa 147/83, *Binderer/Commissione*, Rac. Pag. 257.

³⁸⁸ Come, peraltro, la Corte ha già rilevato nella sentenza 9 luglio 1987, Cause riunite 281, 283, 284, 285 e 287/85, Repubblica federale di Germania, Francia, Paesi Bassi, Danimarca e Regno Unito c / Commissione, Rac. pag. 3203.

³⁸⁹ Sentenza *France c/. Commissione*, del 23 marzo 2004, Causa C-233/02.

In tale pronuncia la Corte ha riconosciuto che tale documento non produceva obblighi a carico della Comunità, in quanto dall'analisi del testo dell'accordo³⁹⁰, emergeva una mancanza di volontà delle parti di attribuire effetti giuridici obbligatori ad esso.

I Giudici, del resto, sono andati oltre.

Ed invero, al fine di avvalorare e corroborare la loro conclusione hanno sottolineato che l'intenzione delle parti di non vincolarsi all'accordo era confermata dallo sviluppo dei negoziati intercorsi tra le parti prima della redazione del testo degli *orientamenti*.

3.2. Un ragionamento analogo, fondato, però, più specificamente sul contenuto degli atti contestati è stato, poi, portato avanti in altre pronunce.

3.2.1. Indicativa, al riguardo, appare la Sentenza *France c/. Commission*, del 16 giugno 1993³⁹¹.

La Repubblica francese, ai sensi dell'art. 173, primo comma, del Trattato CEE, chiedeva l'annullamento di un atto adottato dalla Commissione e intitolato "*Comunicazione della Commissione agli Stati membri, di applicazione degli articoli 92 e 93 del Trattato CEE e dell'articolo 5 della direttiva della Commissione 80/723/CEE alle imprese pubbliche dell'industria manifatturiera*"³⁹².

La Corte, richiesta di pronunciarsi sulla ricevibilità di tale ricorso, ha evidenziato due aspetti che potremmo definire *sintomatici* dell'efficacia vincolante degli atti contestati.

In primo luogo ha sottolineato che, nel caso di specie, ci si trovava in presenza di una *comunicazione* che, stando al suo titolo, mirava a precisare le modalità di applicazione in particolare dell'articolo 5 della direttiva, ma che era stata pubblicata integralmente nella serie C della Gazzetta ufficiale e che, come risultava dagli atti, era stata altresì notificata a ciascuno Stato membro con lettera del commissario competente in data 8 ottobre 1991.

³⁹⁰ In particolar modo la Corte ha fatto riferimento al punto 7, in base al quale le parti intendeva no applicare la cooperazione su base esclusivamente volontaria.

³⁹¹ Sentenza *France c/. Commission*, del 16 giugno 1993, Causa C-325/91, Rac. pag. 263 e sgg.

³⁹² GU 1991, C 273, pag. 2.

In secondo luogo, poi, ha ritenuto che, per valutare la fondatezza dell'eccezione di irricevibilità occorresse prima esaminare le censure dedotte dalla Repubblica francese contro l'atto litigioso, e che l'eccezione di irricevibilità dovesse quindi essere esaminata insieme alle questioni di merito sollevate nella controversia³⁹³.

Orbene, a seguito di tale indagine rivolta al merito delle disposizioni contenute nella comunicazione, la Corte ha ritenuto opportuno concludere che tale strumento di *soft law* fosse un atto effettivamente destinato a produrre effetti giuridici propri, distinti da quelli dell'articolo 5, n. 2, della direttiva sulla trasparenza, e che quindi essa poteva essere oggetto di un ricorso d'annullamento.

3.2.2. La medesima logica argomentativa ha rappresentato, del resto, la base anche dell'ulteriore Sentenza *France c/. Commission*, del 20 marzo 1997³⁹⁴, con la quale la Corte ha dato soluzione al litigio intentato dalla Repubblica francese che chiedeva, ai sensi dell'articolo 173, primo comma, del Trattato CE, l'annullamento di un atto adottato dalla Commissione e intitolato "*Comunicazione della Commissione relativa ad un mercato interno per i fondi pensione*".

Ancora una volta, la Commissione aveva sollevato un'eccezione di irricevibilità, affermando che la *comunicazione* non costituisce un atto impugnabile ai sensi dell'articolo 173 del Trattato, in quanto non era destinata a produrre effetti giuridici e che non aveva intenzione di imporre obblighi agli Stati membri.

Ed ancora una volta, la Corte rilevava, innanzitutto che, nella fattispecie si trattava di una

³⁹³ La Corte ha sostenuto, al riguardo, che la comunicazione prendeva in considerazione delle categorie di imprese in una maniera generale ed astratta secondo criteri oggettivi poiché indicava le imprese attraverso i criteri che attenevano alla loro appartenenza ad un determinato settore e al livello del loro fatturato. Tale constatazione non poteva essere messa in dubbio dall'esistenza di una lista di imprese alle quali si applicava la comunicazione in causa, perché le quattordici imprese francesi interessate erano proprio quelle del settore manifatturiero con un fatturato superiore a 250 milioni di ECU. Tale fatto era stato peraltro ammesso dalla Commissione stessa che aveva confermato che l'elenco in questione era suscettibile di modifiche qualora altre imprese superassero i 250 milioni di ECU di fatturato annuale. Dalle considerazioni sopra esposte risultava, dunque, che la Commissione, imponendo agli Stati membri di comunicarle annualmente e in modo generale e sistematico i dati relativi alle relazioni finanziarie di una data categoria di imprese che realizzavano un determinato fatturato, aveva aggiunto *nuovi obblighi* a quelli previsti dall'art. 5, n. 2, della direttiva. La Corte, ha pertanto considerato la comunicazione, come un atto destinato a produrre effetti giuridici propri, distinti da quelli dell'art. 5, n. 2, della direttiva sulla trasparenza, e che quindi essa poteva essere oggetto di un ricorso d'annullamento.

³⁹⁴ Sentenza *France c/. Commission*, del 20 marzo 1997, Causa C-57/95, Rac. pag. I-1627 e sgg.

comunicazione che era stata adottata dalla Commissione e che era stata integralmente pubblicata nella serie C della Gazzetta ufficiale.

Poi, si rinviava – come nella precedente pronuncia – ad un’analisi del contenuto complessivo delle disposizioni dell’atto di *soft law* al fine di verificarne la portata sostanzialmente obbligatoria nei confronti dei suoi destinatari. Orbene, proprio alla luce di tale indagine, la Corte ne concludeva che la comunicazione costituiva un atto destinato a produrre effetti giuridici propri, distinti da quelli già previsti dalle norme del Trattato relative alla libera prestazione dei servizi, alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali, di modo che essa è impugnabile con un ricorso di annullamento.

3.2.3. Lo stesso orientamento ha caratterizzato, del resto, anche parte del ragionamento svolto dalla Corte nel Caso *Gauß*, laddove, al fine di affermare che l’insussistenza degli estremi per configurare la *lettera* delle Commissioni come una decisione ai sensi dell’articolo 173, comma 2, non si è limitata a constatare che il direttore generale del servizio giuridico della Commissione non aveva il potere di adottare una decisione nei termini sollecitati dalla ricorrente peraltro.

I Giudici, invero, a sostegno della proprie considerazioni, hanno evidenziato altresì la circostanza per la quale nella lettera 20 giugno 1980, il direttore generale si era limitato esclusivamente a far riferimento alle norme in materia per trarne la conclusione che “*la scelta dei candidati si effettuava . . . caso per caso*” tenendo conto delle circostanze, e che non era pertanto possibile dare alla ricorrente le assicurazioni di principio richieste in ordine alla sua ammissione a prender parte ai progetti finanziati dal F.E.S.

Insomma, ancora una volta, il profilo contenutistico complessivo dell’atto impugnato rappresentava un elemento determinante al fine di comprendere la portata potenzialmente vincolante o meno dello stesso.

Ciò che emerge, in conclusione, dall'esame di tali pronunce, è che in alcuni casi i ricorsi in annullamento o le eccezioni di illegittimità proposte nei confronti di atti di *soft law* sono considerati ricevibili in quanto tali strumenti di *diritto morbido*, pur non essendo formalmente vincolanti, risultano essere, nelle intenzioni degli autori sostanzialmente giuridicamente obbligatori.

La giurisprudenza, quindi, sulla scorta di un atteggiamento per nulla formalistico ha da sempre – e continua tuttora ad operare in tal senso – analizzato gli atti sottoposti al suo giudizio sulla base non del loro titolo o del loro *nomen iuris*, ma sulla base degli effetti concreti vincolanti che essi potevano eventualmente avere nei confronti dei loro destinatari.

3.3. Nell'ambito degli indicatori e criteri individuati dalla Corte al fine di verificare *case-by-case* quali atti fossero effettivamente in grado di produrre effetti vincolanti nell'ordinamento comunitario, pur non rispondendo ai requisiti formali richiesti per essere fonte legale di diritto, rientra, poi, la capacità di produrre *nuovi, esterni e definitivi* effetti giuridici.

3.3.1. Innanzitutto, è indispensabile che gli atti di *soft law* siano in grado di dare vita a degli obblighi vincolanti diversi da quelli determinati da una regola di *hard law*.

La Sentenza *France c/. Commission*, del 16 giugno 1993, è stata chiara sul punto, laddove ha affermato che la Commissione, imponendo agli Stati membri di comunicarle annualmente e in modo generale e sistematico i dati relativi alle relazioni finanziarie di una data categoria di imprese che realizzano un determinato fatturato, ha aggiunto nuovi obblighi a quelli previsti dall' articolo 5, n. 2, della Direttiva 80/723.

Onde, la comunicazione costituiva un atto destinato a produrre *effetti giuridici propri, distinti* da quelli dell'articolo 5, n. 2, della direttiva sulla trasparenza, e per tale motivo poteva fare oggetto di un ricorso d'annullamento.

La stessa Sentenza *France c/. Commission*, del 20 marzo 1997, ha ribadito tale principio. La Corte, invero, dopo aver rilevato che il contenuto stesso delle disposizioni dei punti 2.4.2, 2.4.3 e 2.4.4 della *comunicazione* 94/C 360/08 non poteva essere considerato come già insito nelle norme

del Trattato CE relative alla libera prestazione dei servizi, alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali, ha considerato che la *comunicazione* costituisce un atto destinato a produrre *effetti giuridici propri, distinti* da quelli già previsti dalle norme del Trattato relative alla libera prestazione dei servizi, alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali, ed in tale prospettiva essa è impugnabile con un ricorso di annullamento.

3.3.2. Numerosissime, sono, poi le pronunce relative alla necessità del carattere *definitivo* dell'atto e di conseguenza degli effetti prodotti dallo stesso.

In tal senso, la Corte, nella Sentenza *Cimenteries CBR*³⁹⁵ ha affermato che una *comunicazione* rivolta dalla Commissione a delle imprese, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 6, del Regolamento n. 17 del Consiglio, costituisca una decisione suscettibile di ricorso giurisdizionale.

Ed invero, i Giudici hanno sostenuto che siffatta comunicazione esponeva le imprese interessate ad un *grave rischio economico*, e veniva a toccare, dunque, gli interessi degli operatori economici, determinando una *modifica caratterizzata* delle loro situazioni giuridiche.

Questo perché l'atto contestato rappresentava una misura implicante degli effetti obbligatori che si imponevano obbligatoriamente alle imprese.

Effetto questo, che, invece, non si verificava a seguito dell'adozione da parte della Commissione della *comunicazione* prevista dall'articolo 6 del Regolamento n. 99/63, in materia di diritto della concorrenza, mediante la quale si indicavano al ricorrente amministrativo i motivi per cui non si intendeva dare seguito favorevole ad una eventuale denuncia³⁹⁶.

3.3.3. Infine, la Corte ha ritenuto necessario, al fine di riconoscere una potenzialità normativa agli atti di *soft law* che questi stessi fossero in grado produrre effetti giuridici *esterni* all'istituzione che li ha adottati³⁹⁷.

È indispensabile, cioè che uno strumento di *soft law* sia non soltanto intenzionalmente rivolto a disciplinare una fattispecie concreta, ma che abbia anche le caratteristiche strutturali tali da

³⁹⁵ Sentenza *Cimenteries CBR*, del 15 marzo 1967, Cause riunite 8, 11/66.

³⁹⁶ Sentenza TPI *Automec I*, del 25 settembre 1991, Causa T-5/90, Rac. p. II-367 e sgg.

³⁹⁷ Su tale principio, la giurisprudenza è copiosa. Si vedano, di recente, *Sentenza dell' 11 aprile 2006, Angeletti / Commission* (T-394/03) (cf. p. 36-40, 42-46) ; *Sentenza del 17 maggio 2006, Lavagnoli / Commission* (T-95/04) (cfr. p. 33-35); *Sentenza del 6 aprile 2006, Camós Grau / Commission* (T-309/03) (cf. p. 47-51, 55-57).

consentirgli di manifestarsi all'esterno, e non solo all'interno dell'organo istituzionale emanante.

È recente la Sentenza *Commission c/, Conseil*³⁹⁸, del 13 luglio 2004 nell'ambito della quale la Corte ha dovuto giudicare su un ricorso proposto dalla Commissione per l'annullamento degli atti adottati dal Consiglio in data 25 novembre 2003, e cioè la decisione di non adottare una *raccomandazione* nei confronti di Francia e Germania ai sensi dell'articolo 104, paragrafi 8 e 9, Trattato CE, e la decisione di adottare, invece, delle conclusioni denominate « *conclusions du Conseil sur l'évaluation des actions entreprises par la République française et la République fédérale d'Allemagne en réponse aux recommandations adressées par le Conseil conformément à l'article 104, paragraphe 7, du traité instituant la Communauté européenne et l'examen de nouvelles mesures visant à la réduction du déficit pour remédier à la situation de déficit excessif* ».

La Corte si è trovata a dover giudicare sulla ricevibilità del ricorso avanzato dalla Commissione, in quanto il Consiglio aveva sostenuto in giudizio la natura assolutamente politica e non giuridica degli atti attaccati.

La risposta dei Giudici, tuttavia, si è mantenuta assolutamente in linea con il suo ormai consolidato orientamento, ragion per cui, dopo aver richiamato la giurisprudenza *AETR*³⁹⁹, ha inteso verificare se le *conclusions* del Consiglio miravano a produrre effetti giuridici vincolanti, pur essendo privi di una forza derivante dalla natura formale dello strumento adottato.

Sul punto la Corte ha affermato che «... *il convient d'abord de constater que, dans la mesure où les décisions de suspension des procédures de déficit excessif en cours sont subordonnées au respect des engagements pris par les États membres concernés, elles ne se limitent pas, contrairement à ce que soutient le Conseil, à confirmer une suspension de fait découlant de la non adoption des actes recommandés par la Commission dans le cadre de l'article 104, paragraphes 8 et 9, CE.*

48. *Il doit ensuite être relevé que les engagements en cause sont des engagements unilatéraux,*

³⁹⁸ Sentenza *Commission c/, Conseil*, del 13 luglio 2004, Causa C-27/04, Rac. 2004, pag. 1 e sgg.

³⁹⁹ *Selon une jurisprudence constante, le recours en annulation doit être ouvert à l'égard de toutes les dispositions prises par les institutions, quelles qu'en soient la nature ou la forme, qui visent à produire des effets de droit* (Sentenze del 31 marzo 1971, *Commission/Conseil*, «AETR», 22/70, Rac. p. 263, p. 42, e del 2 marzo 1994, *Parlement/Conseil*, C316/91, Rac. p. I-625, p. 8).

pris par les deux États membres concernés en dehors du cadre des recommandations décidées précédemment en vertu de l'article 104, paragraphe 7, CE. Le Conseil subordonne ainsi une éventuelle décision à intervenir au titre de l'article 104, paragraphe 9, CE à une appréciation qui n'aura plus comme paramètre de référence le contenu des recommandations adoptées au titre de l'article 104, paragraphe 7, CE, mais les engagements unilatéraux de l'État membre concerné.

49. Il y a lieu enfin de constater que, en procédant de cette manière, le Conseil modifie également en fait les recommandations adoptées antérieurement en vertu de l'article 104, paragraphe 7, CE, en particulier en ce que, dans les mêmes conclusions, il reporte la date limite pour ramener le déficit public en dessous du plafond de 3 % du PIB et modifie, en conséquence, l'importance des mesures d'assainissement demandées ».

Orbene, la Corte ha chiarito che tali valutazioni mostravano con assoluta evidenza che le *conclusioni* del Consiglio miravano a produrre effetti normativi vincolanti *esterni*, quantomeno nella parte in cui decidevano di non dare seguito alle procedure di deficit eccessivo in corso e modificavano le precedenti *raccomandazioni* adottate ai sensi dell'articolo 104, paragrafo 7, CE.

3.3.4. Identico principio è affermato, del resto, anche in tutta una serie di pronunce relativa in materia di controversie proposte dai funzionari delle istituzioni comunitarie.

Nella Sentenza *Alessandrini*⁴⁰⁰ del Tribunale, ad esempio, si è affermato con chiarezza, che costituiscono atti o decisioni che possono essere oggetto di un'azione di annullamento ai sensi dell'articolo 230 CE i provvedimenti destinati a produrre effetti giuridici obbligatori idonei a incidere sugli interessi di chi li impugna, modificando in misura rilevante la situazione giuridica di questo.

Pertanto, una *lettera* di un'istituzione comunitaria inviata in risposta ad una domanda formulata dal suo destinatario non costituisce una decisione ai sensi dell'articolo 230, quarto comma, CE, che renda così possibile per il destinatario il rimedio del ricorso di annullamento. In

⁴⁰⁰ Sentenza *Alessandrini*, del 10 aprile 2003, cause riunite T-93/00 e T-46/01, Rac. 2000, pag. 1 e sgg.

particolare, non arreca pregiudizio un atto con il quale un'istituzione si limiti a dare la sua interpretazione di un regolamento. La manifestazione per iscritto di un'opinione proveniente da un'istituzione comunitaria non può costituire una decisione tale da formare oggetto di ricorso di annullamento, qualora non sia atta a produrre effetti giuridici né intenda produrle⁴⁰¹.

3.4. Tale indirizzo, d'altra parte, trova piena ed integrale conferma anche nelle pronunce relative all'eccezione di illegittimità ai sensi dell'articolo 241 CE (ex articolo 184).

3.4.1. Sul punto, pertanto, ci limitiamo a richiamare le Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, dell' 8 luglio 2004, nel Caso *Dansk Rørindustri* in materia di tubi per teleriscaldamento.

La problematica inerente all'oggetto della nostra analisi, concerneva l'eccezione d'illegittimità degli Orientamenti emanati dalla Commissione, nel 1998, per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'art. 15, n. 2, del Regolamento 17 e dell'art. 65, n. 5, del Trattato CECA, al fine di assicurare la trasparenza e il carattere obiettivo delle proprie decisioni in materia.

Ad avviso di alcune imprese ricorrenti, infatti, in tali Orientamenti la Commissione avrebbe determinato importi di base per il calcolo delle ammende talmente elevati da privarsi del potere discrezionale, ad essa attribuito dall'art. 15 del Regolamento 17, di modulare tali ammende tenendo conto di tutti i fattori rilevanti, comprese eventuali circostanze attenuanti.

La problematica preliminare da affrontare, però, prima di valutare la fondatezza, nel merito, delle censure avanzate dalle ricorrenti, concerneva l'ammissibilità stessa dell'eccezione.

L'Avvocato generale si chiede se un atto formalmente privo di forza vincolante, come appunto gli Orientamenti, possa essere oggetto di un'eccezione d'illegittimità ai sensi dell'art. 241 CE.

A tal proposito, ci sembra opportuno, riportare in maniera integrale quanto sostenuto nelle

⁴⁰¹ Si vedano, sul punto, anche le Sentenze della Corte del 27 marzo 1980, causa 133/79, *Sucrimex e Westzucker/Commissione*, Racc. pag. 1299; e del 27 settembre 1988, causa 114/86, *Regno Unito/Commissione*, Racc. pag. 5289; e ordinanza della Corte 17 maggio 1989, causa 151/88, *Italia/Commissione*, Racc. pag. 1255.

Conclusioni, laddove si sostiene che *“come è noto, questa disposizione contempla la possibilità di fare valere, in via incidentale, l’illegittimità di un atto unicamente nel caso «di una controversia che metta in causa un regolamento adottato congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio o un regolamento del Consiglio, della Commissione o della BCE».*

56. *A partire però dalla sentenza Simmenthal, la Corte ha ampliato l’ambito di applicazione dell’eccezione a tutti «gli atti delle istituzioni che, pur non avendo la forma di regolamento, producono tuttavia effetti analoghi», vale a dire atti di carattere generale, che proprio per questo motivo, non possono essere direttamente impugnati dai singoli in base all’art. 230 CE.*

57. *Essa ha, tuttavia, precisato che deve esistere un collegamento stretto tra l’atto impugnato e quello di cui si fa valere incidentalmente l’illegittimità. Quest’ultimo deve «essere (...) applicabile, direttamente o indirettamente, alla fattispecie controversa» e deve sussistere «un nesso giuridico diretto» tra la decisione individuale impugnata e l’atto generale.*

58. *Ora, a mio parere, gli Orientamenti soddisfano tali requisiti.*

59. *E’ infatti innegabile che gli Orientamenti hanno portata generale, visto che si applicano a situazioni oggettivamente determinate e comportano effetti giuridici nei confronti di categorie di persone considerate in modo generale e astratto. D’altra parte, benché formalmente privi di forza vincolante, essi stabiliscono principi e regole che la Commissione si è impegnata a seguire ai fini del calcolo delle ammende in applicazione dell’art. 15, n. 2, del Regolamento 17. Orbene, la giurisprudenza della Corte ha avuto modo di chiarire che in questi casi la Commissione non può discostarsi a proprio piacimento dalle regole che essa stessa si è imposta. Norme di questo tipo, miranti a precisare i criteri che un’istituzione intende applicare nell’esercizio del proprio potere discrezionale, possono quindi produrre effetti giuridici.*

60. *Né potrebbe opporsi che gli Orientamenti avrebbero un valore meramente interno e, pertanto, non avrebbero vocazione a produrre effetti giuridici verso l’esterno.*

61. *Risulta infatti dagli stessi Orientamenti che la Commissione ha l’obbligo di seguire*

determinati passaggi nel procedimento di calcolo delle ammende e, in particolare, di riconoscere alle imprese determinate circostanze attenuanti e aggravanti; a tale obbligo non può non corrispondere il diritto delle imprese interessate a che la Commissione si comporti effettivamente e concretamente in modo conforme agli Orientamenti.

62. *Tale conclusione si iscrive pienamente nella linea della giurisprudenza comunitaria, la quale ha riconosciuto che solo gli atti aventi valore meramente interno ad un'istituzione sono inidonei a produrre effetti giuridici esterni. Tale non è però il caso di atti della Commissione, quali i «codici di condotta» o le «istruzioni interne», nei quali per l'appunto ad obbligazioni dei servizi e degli agenti della Commissione corrispondono diritti degli Stati membri ovvero degli operatori economici.*

63. *Ciò posto, va ancora notato che è del tutto pacifico, come giustamente rilevato dal Tribunale, che la Commissione ha determinato l'importo delle ammende seguendo fedelmente il metodo di calcolo stabilito negli Orientamenti. Ne risulta che, benché questi non costituiscano formalmente la base giuridica delle decisioni impugnate (lo sono invece gli artt. 3 e 15 del Regolamento 17), sussiste un nesso diretto tra queste ultime e l'atto generale oggetto della contestazione incidentale.*

64. *Ritengo pertanto che l'eccezione di illegittimità sia ricevibile”.*

3.4.2. Le stesse considerazioni, del resto, si ritrovano anche nella giurisprudenza relativa alle controversie promosse dai funzionari nei confronti delle istituzioni comunitarie.

Sul punto, ad esempio, la Sentenza *Andreas Hans Reinarz*⁴⁰², del 26 ottobre 1993, ha affermato che, ai sensi dell'articolo 91, n. 1, dello Statuto, arrecano pregiudizio solo gli atti che possono incidere direttamente sulla situazione giuridica del dipendente.

E non era certamente questo il caso di semplici lettere informative contenenti solamente informazioni amministrative, come una nota che si limitava a informare l'interessato dell'entrata in

⁴⁰² Sentenza *Andreas Hans Reinarz*, del 26 ottobre 1993, Cause riunite T-6/92 e T-52/92, Rac. 1993, pag. II-1047.

vigore e del contenuto di una nuova normativa relativa alla copertura dei rischi di malattia dei dipendenti delle Comunità europee.

Inoltre la Corte ha sostenuto che nell'ambito di un ricorso proposto ai sensi dell'articolo 91 dello Statuto, il Tribunale è competente solo a sindacare la legittimità di un atto che leda il ricorrente e, in mancanza di un provvedimento di applicazione particolare, non può pronunciarsi astrattamente sulla legittimità di una disciplina di carattere generale, come la regolamentazione relativa alla copertura dei rischi di malattia dei dipendenti delle Comunità europee.

L'articolo 184 del Trattato era, infatti, espressione di un principio generale inteso a garantire a qualsiasi parte il diritto di contestare, al fine di ottenere l'annullamento di una decisione che la concerne direttamente ed individualmente, la validità di precedenti atti delle istituzioni comunitarie che costituiscono il fondamento giuridico della decisione impugnata. Di conseguenza, questa eccezione non poteva essere limitata agli atti che hanno la forma di regolamento, la sola menzionata nell'articolo 184 del Trattato, ma doveva essere interpretata in senso ampio, come ricomprendente tutti gli atti di carattere generale.

Per tali motivi, la Corte ha affermato che la regolamentazione relativa alla copertura dei rischi di malattia dei dipendenti delle Comunità europee, emanata per l'attuazione dell'articolo 72, n. 1, dello Statuto, disciplinando in sostanza il rimborso delle varie spese per malattia, aveva carattere generale, poiché si applicava a situazioni oggettivamente determinate e comportava effetti giuridici nei confronti di categorie di persone considerate in modo generale e astratto.

Di conseguenza, anche se non rivestiva la forma di regolamento, detta normativa poteva costituire oggetto di un'eccezione di illegittimità.

3.5. L'ultimo elemento richiesto dalla Corte al fine di ritenere che un atto di *soft law* goda di una reale ed effettiva portata normativa, seppur indiretta, è l'esistenza di una effettiva competenza delle Comunità ad intervenire nella materia oggetto di disciplina *leggera* e di una adeguata base giuridica in grado di sostenere la fonte di *diritto morbido*

La giurisprudenza, sul tema è inequivocabile.

Si consideri, innanzitutto, quanto affermato nella Sentenza *France c/. Commission*, del 16 giugno 1993, laddove i Giudici hanno esaminato se la Commissione, adottando un atto che imponeva agli Stati membri obblighi non previsti dall'articolo 5, n. 2, della direttiva 80/723/CEE, senza indicarne la base giuridica, avesse violato, come sostiene il governo francese, il principio della certezza del diritto.

La legislazione comunitaria, invero, deve essere chiara e la sua applicazione deve essere prevedibile per tutti gli interessati. Tale esigenza di certezza del diritto fa sì che qualsiasi atto che miri a produrre degli effetti giuridici debba trarre la propria forza vincolante da una disposizione del diritto comunitario che debba essere espressamente indicata come base giuridica e che prescrive la forma giuridica di cui l'atto deve essere rivestito.

Al riguardo la Corte ha osservato che l'articolo 90, n. 3, del Trattato, attribuiva alla Commissione la competenza ad adottare le direttive o decisioni opportune per l'applicazione di tale norma, ragion per cui eventuali atti destinati a modificare gli obblighi previsti dall'articolo 5, n. 2, della direttiva, o a formularne di diversi, potevano essere adottati solo sulla esplicita base dell'articolo 90, n. 3, del Trattato.

Orbene, dal complesso di tali considerazioni, la Corte ne ha dedotto che la Commissione, emanando un atto che mirava a produrre effetti giuridici senza indicare esplicitamente la disposizione del diritto comunitario dalla quale derivava la sua forza vincolante, aveva violato il principio della certezza del diritto che fa parte dei principi generali del diritto comunitario dei quali la Corte deve necessariamente garantire il rispetto.

Tale indirizzo è stato confermato, poi, nella Sentenza *France c/. Commission*⁴⁰³, del 9 agosto 1994, nella quale si è statuito su un ricorso proposto dalla Repubblica francese a fini dell'annullamento dell'accordo firmato dalla Commissione delle Comunità europee e dal governo degli

⁴⁰³ Sentenza *France c/. Commission*⁴⁰³, del 9 agosto 1994, Causa C-327/91, Rac. 1994 p. I-03641.

Stati Uniti d'America sull'applicazione del rispettivo diritto della concorrenza, sottoscritto il 23 settembre 1991.

A sostegno del suo ricorso il governo francese deduceva tre mezzi. Il primo era basato sull'incompetenza della Commissione a concludere un tale accordo.

La pronuncia in esame è indicativa del ragionamento per gradi condotto dalla Corte al fine di valutare la portata giuridica obbligatoria di un atto non formalmente riconosciuto quale fonte di diritto comunitario.

Ed invero, dopo aver constatato che l'accordo produceva effetti giuridici, i Giudici hanno osservato che la Comunità, la quale secondo l'articolo 210 del Trattato ha personalità giuridica, era chiaramente dotata della capacità di vincolarsi mediante la conclusione di accordi con uno Stato terzo o un'organizzazione internazionale.

Onde non sussisteva alcun dubbio sul fatto che l'accordo potesse vincolare le Comunità europee. Si trattava senz'altro di un accordo internazionale concluso tra un'organizzazione internazionale e uno Stato, ai sensi dell'articolo, n. 1, sub a), i), della convenzione di Vienna del 21 marzo 1986 sul diritto dei trattati tra Stati e organizzazioni internazionali o tra organizzazioni internazionali.

Ciò premesso, tuttavia, occorreva ancora esaminare se la Commissione fosse però concretamente competente, in forza del diritto comunitario, a concludere un tale accordo.

La Repubblica francese sosteneva che la disposizione del vigente articolo 228, paragrafo 1, trattato CEE, riservava esplicitamente al Consiglio la competenza a concludere accordi internazionali. E pertanto, nel concludere l'accordo, la Commissione, che disponeva in questo settore solo di un potere di negoziazione, avrebbe chiaramente oltrepassato le sue competenze.

La Commissione obiettava, d'altra parte, che l'accordo costituisse in realtà un accordo amministrativo per la cui conclusione essa era invece competente.

E la stessa affermava, per il resto, che, in ogni caso, l'articolo IX dell'accordo, vietasse alle

parti di interpretare le disposizioni di quest'ultimo in una maniera incompatibile con il proprio diritto (e, per di più, per quanto riguarda le Comunità europee, con il diritto degli Stati membri) o in un senso che richiedesse la modifica del proprio diritto.

La Corte, sul tema, ha richiamato, innanzitutto il proprio parere 1/75 dell' 11 novembre 1975 (Racc. pag. 1355), nel quale si chiariva che l'articolo 228 del Trattato utilizzava l'espressione "accordo" in un senso generale, per designare ogni impegno avente carattere vincolante, assunto da soggetti di diritto internazionale, indipendentemente dalla sua forma.

Inoltre, si sottolineava che, così come l'avvocato generale aveva già rilevato al paragrafo 37 delle sue conclusioni, l'articolo 228 costituiva, in tema di stipulazione dei trattati, una norma autonoma e generale di portata costituzionale, in quanto attribuiva alle istituzioni comunitarie determinate competenze, creando un equilibrio tra queste ultime. La competenza a concludere gli accordi era dunque attribuita al Consiglio "fatte salve le competenze riconosciute in questo campo alla Commissione".

Sulla base di tale riserva, la Commissione opponeva un ultimo argomento. La sua competenza a concludere accordi internazionali sarebbe stata evidente nella fattispecie in esame in quanto, nel campo della concorrenza, il Trattato CEE le conferiva competenze specifiche. Infatti, ai sensi dell'articolo 89 del Trattato e delle disposizioni del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17, la Commissione doveva vigilare perché fossero applicati i principi fissati dagli artt. 85 e 86 del Trattato e affinché fosse applicato il regolamento del Consiglio 21 dicembre 1989, n. 4064, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese.

La Corte, tuttavia, non ritenne meritevole di accoglimento tale argomento.

Pertanto la pronuncia ha affermato che anche se la Commissione era competente, sul piano interno, ad adottare decisioni individuali di applicazione delle norme sulla concorrenza, settore che rientrava nell'accordo, questa competenza interna non era tale da modificare la ripartizione delle competenze tra le istituzioni comunitarie in materia di conclusioni di accordi internazionali fissata dall'art. 228 del Trattato.

Onde si accoglieva il mezzo basato sull'incompetenza della Commissione a concludere l'accordo controverso.

La pronuncia, mostra, quindi, con estrema lucidità le varie fasi dell'indagine compiuta dalla Corte nell'analisi della portata normativa vincolante di un atto sostanzialmente obbligatorio nei confronti dei destinatari, ma privo dei requisiti formali richiesti dall'ordinamento comunitario.

Identico procedimento logico, infine, ha caratterizzato – ad ulteriore conferma della fermezza di tale orientamento giurisprudenziale – anche la Sentenza *France c/. Commission*, del 20 marzo 1997.

In tale occasione, la Corte, dopo aver considerato che la *comunicazione* contestata costituisse un atto destinato a produrre effetti giuridici propri, distinti da quelli già previsti dalle norme del Trattato relative alla libera prestazione dei servizi, alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali, di modo che essa fosse impugnabile con un ricorso di annullamento, ha proceduto alla verifica successiva della competenza della Commissione ad adottare tale atto.

A tal proposito, i Giudici hanno ritenuto che, per quanto riguardava la competenza della Commissione ad adottare un atto che imponeva agli Stati membri obblighi non previsti dalle summenzionate norme del Trattato, tale potere non fosse in alcun modo previsto dal Trattato e che, in ogni caso, soltanto il Consiglio fosse autorizzato, ai sensi degli articoli 57, n. 2, e 66 del Trattato, ad adottare direttive intese al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività autonome e all'esercizio di queste.

Onde, a seguito di tali considerazioni ne risultava che la comunicazione costituisse un atto adottato da un'autorità incompetente, e quindi che il ricorso proposto dalla Repubblica francese fosse non solo ricevibile, ma altresì fondato.

3.6. Orbene, alla luce di tali complesse valutazioni, emerge con assoluta evidenza

l'orientamento complessivo della Corte, in merito all'efficacia giuridica da attribuire agli atti di *soft law*, in mancanza di regole in grado di chiarire tale aspetto.

I Giudici di Lussemburgo hanno, invero, elaborato una sorta di *test* al quale devono rispondere gli strumenti di *diritto morbido*, al fine di essere considerati, sulla scorta di una teoria sostanzialistica degli atti vincolanti, realmente in grado di produrre *effetti giuridici normativi e vincolanti*.

Qualora i requisiti richiesti siano rinvenibili nell'atto di *soft law* analizzato dalla Corte, ecco allora che tale strumento sarà equiparato in tutto e per tutto, quanto agli effetti obbligatori derivanti dalle proprie disposizioni nei confronti dei suoi destinatari, ad una fonte formale di diritto comunitario.

È questo il senso dell'espressione *incidental legally binding force*, in contrapposizione alle fonti tradizionali di diritto *hard* dotate di *inherent legally binding force*.

Ciò che ci preme comprendere, allora, a seguito di tali valutazioni, è questo.

Quali sono – ammesso che ve ne siano – gli effetti giuridici prodotti dagli atti di *soft law* che non sono, per ragioni strutturali, dotati di *incidental legally binding force*.

E soprattutto, quali sono i ragionamenti sviluppati dalla Corte al fine di riconoscere loro quella peculiare efficacia giuridica che consente di considerarli, senza dubbio alcuno, come *species* del più ampio *genus* del *law*.

L'indagine che seguirà dovrà, pertanto, soffermarsi su tale ricerca.

Anticipiamo sin da ora, soltanto, che i Giudici hanno riconosciuto forza giuridica di volta in volta differente, a seconda della tipologia di atti di *soft law* analizzati, ed hanno trovato un differenziato sostegno giuridico normativo alle proprie argomentazioni, in piena linea con il carattere notoriamente variegato delle manifestazioni concrete di *diritto morbido* comunitario.

4. I Libri verdi della Commissione europea

Diamo inizio, allora, alla nostra ricerca partendo dall'analisi degli effetti riconosciuti dalla giurisprudenza ad una tipologia estremamente importante e copiosa di strumenti strutturalmente *sine lege*, i Libri verdi, nella piena consapevolezza, del resto, che le considerazioni che svolgeremo sono – a nostro avviso – pienamente estendibili in via analogica anche ai c.d. Libri bianchi.

4.1. Il Libro verde è uno strumento di riflessione e consultazione⁴⁰⁴ elaborato dalla Commissione volto alla ricerca di un *pre-consensus* che preceda l'adozione di una proposta formale di atto comunitario.

In tal senso, la dottrina lo considera strettamente legato al potere di iniziativa di cui è titolare esclusivo la Commissione.

D'altra parte, il Libro verde rappresenta altresì uno strumento di impulso e di democratizzazione del sistema di produzione normativa comunitario.

Esso può essere assimilato, in primo luogo, ad un catalizzatore che permette di evidenziare l'urgenza di un'azione in un settore specifico, o che si pone come punto di partenza di una futura discussione tra gli attori interessati. In tale prospettiva, assumono rilievo determinante le attività che seguono l'adozione del Libro verde, quali le Audizioni pubbliche⁴⁰⁵, le Comunicazioni⁴⁰⁶ della Commissione stessa, i Rapporti di sintesi⁴⁰⁷.

Ma, inoltre, esso costituisce un elemento di democratizzazione dell'Unione, in quanto consente una partecipazione indiretta dei cittadini europei al processo decisionale ed alla

⁴⁰⁴ Si veda, in tal senso, il Libro verde *égalité et non-discrimination dans l'Union européenne élargie* (COM(2004) 379 final), il quale inaugura una nuova forma di consultazione in quanto le risposte ai quesiti in esso contenuti sono state raccolte principalmente a mezzo di un questionario elettronico.

⁴⁰⁵ Si veda quanto ha fatto seguito al Libro verde sulle garanzie procedurali accordate ai sospettati e alle persone coinvolte in procedimenti penali all'interno dell'Unione europea (COM(2003) 75, febbraio 2003)

⁴⁰⁶ Il Libro verde sulla protezione dei minori e della dignità della persona umana nei servizi audiovisivi (COM(96) 483, ottobre 1996) ha portato all'adozione di una Comunicazione della Commissione del 18 novembre 1997 relativa al seguito da dare al Libro verde (COM(97) 570 finale); allo stesso modo il Libro verde sui diritti d'autore e i diritti vicini nella società d'informazione (COM(95) 382, luglio 1995) ha condotto all'adozione della Comunicazione della Commissione riguardante il seguito da assicurare a tale Libro verde (COM(96) 568 finale).

⁴⁰⁷ A seguito del Libro verde sulla protezione assicurata dal modello d'utilità nel mercato interno (COM(95) 370, luglio 1995), è stato adottato un rapporto di sintesi delle risposte alla consultazione, del 1 marzo 2001, (SEC(2001) 1307).

costruzione europea.

E tutto ciò grazie al dibattito che si sviluppa intorno ai temi sollevati nel Libro verde e che coinvolge la società civile, le associazioni di categoria o i gruppi di interesse.

Sotto tale profilo, la dottrina e la Commissione individuano la differenza fondamentale tra il Libro verde ed il Libro bianco.

Quest'ultimo, invero, costituisce uno strumento di riflessione, e non potrà mai essere considerato anche un documento di consultazione, in quanto non ha vocazione a sviluppare un dibattito pubblico sui temi trattati, ma piuttosto intende proporre delle linee d'azione concreta nei settori che concernono le tematiche affrontate.

Tale riflessione, d'altro canto, non modifica le caratteristiche strutturali profonde dei due atti, né la funzione pratica cui assolvono entrambi, pur nella diversità delle modalità di attuazione.

Onde, la riflessione concernente il Libro verde può, in gran parte, essere riferita nei termini essenziali anche al Libro bianco.

Ci troviamo, in entrambi i casi, in presenza di un *atto innominato* in quanto non previsto dal trattato, e di un *atto preparatorio*.

Quest'ultima caratteristica consente di sottolineare che tali strumenti presentano delle proposte *de iure condendo* o *de lege ferenda*, rivolte cioè alle future evoluzioni normative dell'ordinamento.

D'altra parte ciò che distingue un Libro verde, ad esempio, da un altro atto della Commissione, è il suo essere uno strumento preparatorio di una proposta formale di atto comunitario che sarà poi adottata dalla Commissione.

Insomma, il Libro verde non prepara all'adozione di un atto di *hard law* definitivo, ma si pone come preparatorio ad un ulteriore atto preparatorio⁴⁰⁸.

4.2. L'aspetto che suscita la nostra attenzione, tuttavia, nel contesto teorico del presente

⁴⁰⁸ È in tale ottica che D. Dero-Bugny, in *Le livre vert de la Commission européenne*, Revue trimestrielle de droit européen, Dalloz, gennaio-marzo 2005, pag. 97, parla di « *acte pré-préparatoire* ».

lavoro, è quello relativo agli eventuali effetti normativi che il Libro verde può esplicare – ammesso che ve ne siano – nell'ordinamento giuridico comunitario.

L'interesse deriva dalla necessità di comprendere se, ed eventualmente in quali termini, un atto di *soft law* di funzione *prelegislativa* possa produrre degli effetti giuridici pratici vincolanti.

La giurisprudenza della Corte e del Tribunale ha operato, *de facto*, una distinzione tra due ipotesi.

4.2.1. Innanzitutto si è cercato di rispondere a quanti invocavano le risultanze dei Libri verdi per giustificare una disapplicazione di atti comunitari adottati anteriormente ad essi.

Due sentenze della Corte di Giustizia, del 25 aprile 2005, chiariscono i dubbi sollevati in proposito⁴⁰⁹.

La pronuncia *Commissione c/. Grecia* ha giudicato su un ricorso per inadempimento, generato da una presunta non corretta trasposizione della Direttiva 85/374/CEE.

La Grecia sosteneva, a sua difesa, un'interpretazione della suddetta Direttiva, che ne avrebbe condotto a ritenere corretta la sua introduzione nell'ordinamento greco, fondando le sue argomentazioni su una lettura ampiamente corroborata da un Libro verde⁴¹⁰ adottato successivamente alla regolamentazione comunitaria.

La Corte, d'altra parte, conformandosi alle Conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed, ha rigettato in pieno le conclusioni della Grecia, affermando che « *le respect des compétences du législateur communautaire au titre du traité CE exige que la Cour ne rende pas des arrêts qui anticipent ou peuvent anticiper ces appréciations* ».

Lo stesso ragionamento, del resto, è stato confermato in una successiva Sentenza del 12 luglio 1990⁴¹¹, concernente una *proposta* della Commissione.

La Francia, attaccata sulla base di un ricorso per inadempimento, fondava la sua difesa

⁴⁰⁹ Sentenza *Commissione c/. Grecia*, Causa 154/00, Rac. p. I-3879; Sentenza *Commissione c/. Francia*, Causa 52/00, Rac. p. I-3827.

⁴¹⁰ Libro verde, del 28 luglio 1999, sulla responsabilità a causa di prodotti difettosi (COM(1999) 396 final).

⁴¹¹ Sentenza *Commissione c/. Francia*, Causa C-236/88, Rac. p. I-3163.

sull'esistenza di una *proposta* depositata dalla Commissione al Consiglio e che prevedeva una futura modifica di alcune disposizioni del Regolamento n. 1408/71.

La Corte, però, ha chiarito ancora una volta che le *proposte* della Commissione, così come i *Libri verdi*, non costituiscono diritto vigente, onde le modificazioni da loro previste non possono certamente essere direttamente invocate da uno Stato membro per giustificare il loro disattendere la disciplina comunitaria attualmente in vigore.

4.2.2. I Giudici, d'altra parte, sono stati chiamati a dirimere anche altri tipi di controversie, nelle quali si invocavano le conclusioni dei Libri verdi a sostegno di interpretazioni di atti comunitari adottati successivamente ad essi, sul medesimo oggetto.

Il Tribunale di prima istanza ha avuto modo di affermare, a più riprese, sul punto, che un Libro verde può rappresentare un utile strumento di interpretazione di atti comunitari adottati a seguito della sua elaborazione, alla stessa stregua dei lavori preparatori di un Legislatore nazionale.

Nella Sentenza *Royal Philips Electronics*⁴¹², del 3 aprile 2003, il Tribunale ha fatto uso delle risultanze del Libro verde⁴¹³ relativo alla revisione del regolamento sulle concentrazioni, al fine di determinare le modalità interpretative dell'articolo 9 del Regolamento n. 4064/89, come modificato dal Regolamento 1310/97.

Tale giurisprudenza, dunque, ha considerato uno strumento con valenza esclusivamente *prelegislativa*, quale potenziale supporto interpretativo di una norma comunitaria di *hard law*.

La peculiarità di tale circostanza consiste, in primo luogo, nella evidente considerazione che allora i Libri verdi, ed a maggior ragione i Libri bianchi, possono svolgere anch'essi funzioni chiaramente *postlegislative*, sollevando, dunque, i medesimi dubbi e le medesime perplessità che abbiamo già rapidamente evidenziato e che analizzeremo più approfonditamente a proposito delle Comunicazioni interpretative della Commissione e in merito al loro rapporto con l'ordinamento giuridico comunitario.

⁴¹² Sentenza *Royal Philips Electronics NV c/. Commissione*, del 3 aprile 2003, Causa T-119/02.

⁴¹³ COM(1996) 19 finale.

Ma ciò che desta stupore ancora maggiore, poi, è un'ulteriore considerazione.

Al contrario di quel che si verifica con gli strumenti strutturalmente *post legem* svolgenti funzioni di natura *postlegislativa*, nelle fattispecie in esame gli strumenti che svolgono funzione *postlegislativa* sono atti che strutturalmente precedono la normativa *hard (sine lege)* e che per espressa volontà dei suoi autori non intendono esplicitare altre funzioni che quella preparatoria di nuove regolamentazioni comunitarie.

La Corte, insomma, ha compiuto un'operazione interpretativa profondamente rischiosa, in quanto l'eventuale affermazione di una tale giurisprudenza creerà degli inevitabili rischi relativamente al rispetto della ripartizione di competenze ed alla salvaguardia dell'equilibrio istituzionale comunitario.

Rischi ancor più accentuati di quelli che derivano dall'utilizzo delle disposizioni di atti di *soft law* che svolgono funzioni interpretative, ma che sono adottati successivamente all'entrata in vigore di una norma comunitaria, della quale, perlomeno, costituiscono un reale sostegno applicativo pratico.

Ancor più pericoloso, del resto, è l'indirizzo affermato nella Sentenza *Pfizer Animal Health*⁴¹⁴, dell'11 settembre 2002.

In tale pronuncia il Tribunale ha utilizzato per ben due volte il Libro verde del 30 aprile 1997 sui principi generali della legislazione alimentare nell'Unione europea.

In primis, per valutare se le istituzioni comunitarie avessero applicato in maniera corretta le disposizioni della Direttiva 70/254.

In secundis, per determinare il modo in cui bisognava definire la valutazione del rischio nell'autorizzazione alla commercializzazione di additivi alimentari potenzialmente nocivi per la salute umana, animale ed ambientale.

Pertanto, ciò che emerge da tale Sentenza, è un elemento sconvolgente.

⁴¹⁴ Sentenza *Pfizer Animal Health SA c/. Consiglio*, dell'11 settembre 2002, Causa T-13/99, Rac. Pag. II-3305.

Il Tribunale ha utilizzato il Libro verde per apprezzare la fondatezza degli argomenti avanzati dalla ricorrente al fine di valutare la legalità dell'atto attaccato.

Tale strumento di *soft law*, addirittura, diviene qui un elemento di controllo della legalità di un atto comunitario, quasi una sorta di *tertium comparationis* utilizzato per riempire di contenuti concreti i principi già pienamente vigenti nell'ordinamento quali, nella fattispecie in esame, il *principio di precauzione*.

È una conclusione interpretativa che pone, però, dei numerosi interrogativi e dubbi sulla sua effettiva legittimità.

Può mai uno strumento di *soft law* di natura consultiva, propulsiva, preparatoria, fornire, in seguito all'adozione di un atto comunitario che rappresenta il risultato del dibattito sviluppatosi sulla scia di tale documento, gli elementi per una più corretta interpretazione dell'atto comunitario di *hard law* in questione?

A nostro avviso, la risposta è semplice e scontata.

Non può un Libro verde, naturalmente ontologicamente costituito da disposizioni di natura discorsiva, interrogativa e problematica, rappresentare uno strumento di interpretazione della successiva regolamentazione *hard* frutto di una complessa, approfondita e elaborazione normativa rispettosa della *méthode communautaire*.

Tale conclusione condurrebbe ad un rovesciamento degli equilibri e dei rapporti di forza tra le istituzioni e ad un rischio evidente di violazione del *rule of law* comunitario.

4.3. A tali considerazioni, d'altra parte, bisogna aggiungere un'ulteriore riflessione al fine di completare la valutazione complessiva relativa ad eventuali effetti giuridici di tutti gli atti di *diritto attenuato* di natura funzionalmente *prelegislativa*.

Ed invero, bisogna evidenziare altresì che tali strumenti di *soft law*, tra cui rientrano a pieno titolo ovviamente i Libri verdi o bianchi, non sono assolutamente in grado di vincolare il legislatore comunitario nelle sue future decisioni giuridico-istituzionali.

Tali atti, cioè, non possono certamente condizionare in maniera vincolante la produzione normativa *hard* comunitaria che insiste sul medesimo settore oggetto della discussione e riflessione degli stessi strumenti *prelegislativi*.

Al riguardo, infatti, si è posta in dottrina la problematica relativa all'eventualità di un ricorso in carenza promosso nei confronti della Commissione che non dovesse dare seguito alle previsioni indicate negli atti *prelegislativi preparatori*.

Nei Libri verdi – ed ancor più nei Libri bianchi – la Commissione, invero, prevede spesso in maniera esplicita e chiara le attività che porterà innanzi nel futuro prossimo.

Il dubbio che sorge, allora, può essere questo. Potrebbe mai, eventualmente, uno Stato membro dare vita ad un ricorso in carenza nei confronti della Commissione per non aver posto in essere le azioni previste nei documenti di *soft law*.

Il problema che si pone è quello di capire se, ai sensi dell'articolo 232 del trattato CE, l'istituzione comunitaria si sia *illegalmente astenuta dal provvedere*, nel quadro di un obbligo legale di agire che incombeva su di lei.

Tale considerazione, tuttavia, non può, a nostro avviso, essere assolutamente sostenuta, in quanto il Libro verde o bianco non determina alcun tipo di obbligo giuridico di agire nei sensi indicati dalle loro rispettive disposizioni.

Si tratta di strumenti di discussione e dibattito, le cui risultanze dovranno essere certamente tenute in conto dalla Commissione nell'ambito della sua esclusiva attività di iniziativa legislativa, ma che non creano alcuna legittima aspettativa in ordine alla natura o alla misura della sua azione istituzionale.

4.4. Emerge con assoluta evidenza, allora, che gli strumenti di *soft law* strutturalmente *sine lege* quali Libri verdi o Libri bianchi, rappresentano atti la cui funzione *prelegislativa* non può e non deve consentire di incidere né sull'applicazione od sull'interpretazione del diritto attuale cogente, né tantomeno sulla redazione del diritto futuro cogente.

Nella loro qualità di strumenti che contengono disposizioni *de iure condendo*, non devono – a nostro avviso – condizionare l’attuazione, né l’ermeneutica dello *ius conditus*.

Ma nella stessa qualità non possono certamente condizionare giuridicamente in alcun modo nemmeno la complessa attività di produzione di *ius condendus*.

In tal senso, riteniamo, pertanto, che siffatti atti di *diritto morbido* non debbano porre problemi di particolare rilievo per quanto concerne il rispetto dei valori e dei principi fondanti l’ordinamento comunitario.

5. La Carta di Nizza

Ulteriori strumenti di *diritto soft* dei quali si impone, in tale sede, un’analisi relativa ai loro effetti giuridici concreti, sono rappresentati dalle *dichiarazioni di diritti e di principi* che le istituzioni comunitarie hanno adottato, in talune occasioni, per far fronte ad una lacuna normativa della regolamentazione *hard*.

Tali documenti, come detto sopra, si pongono a metà strada tra atti aventi funzioni *prelegislative*, rivolti cioè a porre le prime basi giuridiche di una futura disciplina vincolante comunitaria, ed atti, invece, espletanti funzioni di natura *paralegislativa*, in quanto adottati per dare seguito ad un consolidato filone giurisprudenziale in via assolutamente consapevolmente alternativa a strumenti di diritto *hard*.

Orbene, alla luce di tali considerazioni, ciò che diviene interessante comprendere, da un punto di vista teorico-dottrinale ma anche pragmatico, è la portata giuridica riconosciuta alle *dichiarazioni di diritti e principi* ed il loro impatto con l’ordinamento comunitario, posto ovviamente che non ci si trovi in presenza di atti aventi un’*incidental legally binding force*.

La nostra analisi sarà focalizzata sulla *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* adottata a Nizza nel dicembre del 2000, in quanto essa rappresenta la più recente, approfondita e completa espressione di tali peculiari strumenti di *soft law*.

Il primo elemento da valutare è la possibilità, appunto, di riconoscere loro una *efficacia normativa vincolante indiretta*.

A tal proposito, occorre ricordare che la *Carta di Nizza* dovrebbe rispondere ai requisiti individuati nel *test* che la Corte applica a tale scopo.

Senza dilungarci sull'analisi di tutti le peculiari caratteristiche richieste, ci sembra opportuno soffermare l'attenzione su uno degli elementi determinanti ai fini dell'attribuzione di una *incidental legally binding force*, e cioè la necessità di avere una corretta base giuridica che rappresenti il fondamento della competenza sia della Comunità in materia che dell'istituzione emanante l'atto.

Orbene, nel caso concernente la *Carta dei diritti fondamentali*, si è a lungo dibattuto sulla esistenza o meno di una effettiva competenza della Comunità ad adottare misure in materia di diritti fondamentali.

Ed invero, ci si chiedeva se, laddove la Corte riconosceva un obbligo in capo alla Comunità di rispettare tali diritti⁴¹⁵, da questa constatazione ne potesse derivare una competenza a disciplinare in tale settore.

Parte della dottrina, riconoscendo l'inesistenza di disposizioni attributive di una siffatta competenza, sostiene, tuttavia, che la Comunità sia autorizzata a legiferare sulla scorta dell'articolo 308.

Tale argomentazione, però, non convince del tutto.

Il più forte ed evidente ostacolo è rappresentato dalla ovvia considerazione che la protezione dei diritti dell'uomo non costituisce un obiettivo della Comunità, ma soltanto un obbligo al quale essa è sottoposta.

⁴¹⁵ Parere 2/94, del 28 marzo 1996, Rac. pag. I-1759 e sgg.

Onde « *l'obligation de respect des droits fondamentaux ne peut pas amener à élargir le champ d'application des dispositions des traités au-delà des compétences communautaires, même par l'utilisation de l'article 308* »⁴¹⁶.

Al riguardo, si consideri, invero, quanto affermato dal Tribunale di prima istanza, nel Caso *Norman Pyres c/. Commission*⁴¹⁷.

La Sentenza del 15 febbraio 2005, si è pronunciata su una domanda di annullamento delle decisioni del comitato di selezione *Recherche* di non ammissione dell'attore alle procedura di selezione per il reclutamento di agenti temporanei.

Il ricorrente, tra gli altri mezzi a sostegno della sua azione, richiama la violazione del principio di non discriminazione.

A tal proposito egli sottolineava che « *indépendamment de sa portée et de son effet contraignant, la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice, énonce, en son article 21, que toute discrimination fondée sur l'âge est interdite et inscrit ainsi une telle interdiction parmi les principes généraux résultant de la tradition constitutionnelle des États membres et relevant de l'ordre juridique communautaire. Il fait observer, enfin, que la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dans la mesure où elle a été adoptée par une déclaration solennelle, elle-même adoptée et signée par la Commission européenne, engage cette institution qui est donc tenue de la respecter non seulement lorsqu'elle adopte des actes législatifs, mais également dans tous ses actes d'administration, telles les décisions qu'elle prend à l'égard de ses fonctionnaires* ».

Il Tribunale, tuttavia, ha rigettato in pieno tale argomentazione fondata sul presunto carattere giuridicamente vincolante della *Carta* ed ha affermato inequivocabilmente che « *s'agissant des arguments que le requérant tire de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui prévoit, à son article 21, que toute discrimination fondée sur l'âge est interdite, il convient de constater que, s'il est vrai qu'elle a été invoquée à plusieurs reprises par le juge communautaire*

⁴¹⁶ Sentenza *Grant*, del 17 febbraio 1998, Causa C-249/96, Rac. pag. I-621.

⁴¹⁷ Sentenza *Norman Pyres c/. Commission*, del 15 febbraio 2005, Caso T-256/01.

comme source d'inspiration pour la reconnaissance et la protection des droits des citoyens et comme critère de référence des droits garantis par l'ordre juridique communautaire, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit, à l'heure actuelle, d'une déclaration qui n'est pas dotée de force juridique contraignante ».

In conclusione, dunque, la Comunità non è competente ad adottare regolamentazioni in materia di diritti fondamentali, ragion per cui la *Carta di Nizza* non potrebbe essere in alcun modo considerata dalla Corte alla stregua di un atto di *soft law* produttivo di *effetti normativi vincolanti indiretti*.

Tale considerazione, d'altra parte, comporta la conseguenza che alcun tipo di effetto giuridico possa esserle riconosciuto?

La risposta da fornire a tale quesito, a nostro avviso, è negativa.

L'atto di *soft law* preso attualmente in esame, invero, se considerato quale strumento con funzioni *paralegislative* e non *prelegislative* (altrimenti le valutazioni dovrebbero essere analoghe a quelle sviluppate a proposito dei Libri verdi o bianchi), è stato ritenuto, dalla Corte, in grado di produrre taluni *effetti pratici concreti* che ne consentono di qualificarlo, appunto, quale documento di natura *giuridica attenuata* e non certamente *politica*.

Un impatto determinante nel quadro teorico del dibattito relativo al tema degli effetti propri della *Carta di Nizza* è stato fornito dalle Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano dell'8 febbraio 2001, *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union*⁴¹⁸.

L'Avvocato generale, invero, ha avuto modo di soffermarsi sull'argomento chiarendo che « ...la *Charte des droits fondamentaux* ne s'est pas... vue reconnaître une portée normative authentique, c'est-à-dire est restée dénuée, du point de vue formel, de valeur contraignante autonome...sans vouloir entrer dans le large débat déjà en cours sur les effets que, sous d'autres

⁴¹⁸ Conclusioni *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union*, dell'8 febbraio 2001, Causa C-173/99, Rac. Pag. I-4851.

forme set par d'autres moyens, la charte pourrait en tout état de cause produire, il n'en demeure pas moins qu'elle renferme des énonciations qui paraissent en grande partie reconnaître des droits déjà prévus ailleurs...il est impossible d'ignorer les énonciations pertinentes de la charte ni surtout son évidente vocation à servir, lorsque ses dispositions le permettent, de paramètre de référence substantiel pour tous les acteurs...de la scène communautaire ».

Le Conclusioni, dunque, sostengono che tale strumento di *soft law* produca degli effetti giuridici nei confronti delle istituzioni comunitarie e statali di tipo conformativo.

Gli attori della scena comunitaria sarebbero, cioè, obbligati a tenere in debita considerazione le disposizioni della *Carta* quali parametri di indirizzo sostanziale della propria azione politico-giuridico-istituzionale.

In tale prospettiva l' *Accordo interistituzionale* di Nizza rappresenta un elemento utile ai fini dell'interpretazione, da parte della Corte, del diritto cogente in sintonia con i principi ed i valori della Comunità; quasi uno strumento di sostegno per un'interpretazione adeguatrice della normativa *hard* in caso di dubbi o perplessità.

Ma la *Carta* esplicherebbe anche altri effetti, in quanto dovrebbe costituire una fonte in grado di indicare i limiti estremi dell'azione sia degli organi legislativi che di quelli amministrativi ed esecutivi della Comunità.

Ciò che, del resto, non era ancora del tutto chiarito era però l'individuazione del fondamento giuridico in grado di porsi a garanzia dell'obbligo delle istituzioni di non violare i livelli minimi di tutela dei diritti fondamentali previsti nella *Carta*.

Un primo tentativo di soluzione è stato effettuato dal Tribunale di prima istanza, il quale, nella Sentenza del 30 gennaio 2002, ha avuto modo di affermare, a proposito del diritto ad una buona amministrazione, che i Giudici possono garantire l'esigenza di controllo giurisdizionale facendo riferimento alla *Carta* come documento in grado di confermare le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

Ecco, allora, abbozzata una prima possibile soluzione.

Il Tribunale ha attribuito degli *effetti giuridici soft* all'Accordo di Nizza, introducendolo nell'ordinamento comunitario come fonte di principi generali di diritto, non in quanto *atto* di *soft law*, bensì quale espressione delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, alle quali si richiama esplicitamente l'articolo 6, paragrafo 2 del Trattato UE.

In tal senso, la *Carta* acquista un valore simile a quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴¹⁹.

Ovviamente tali considerazioni dovrebbero perdere di significato in occasione dell'entrata in vigore del nuovo Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, il quale ha – come già detto sopra – inserito integralmente tutte le previsioni della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* nella sua parte seconda, rendendole dunque a tutti gli effetti *diritto vincolante* della futura Unione europea.

6. *Steering instruments*

Al fine di completare l'analisi relativa agli strumenti di *soft law* strutturalmente *sine lege*, bisogna, però, ancora approfondire la tematica concernente gli effetti giuridici pratici degli atti considerati funzionalmente *paralegislativi*.

È indispensabile, allora, verificare in che misura i c.d. *steering instruments* incidano nell'ordinamento giuridico comunitario.

Ovviamente tale indagine comporta lo studio delle pronunce della Corte e del Tribunale, che hanno contribuito a chiarire la effettiva giuridicità di queste forme di *soft law*, le quali – chiariamo – difficilmente potrebbero essere fonti di *incidental legally binding force*, in quanto essendo atti

⁴¹⁹ Per il quale si rinvia alla Sentenza *max.mobil c/. Commission*, Causa T-54/99, Rac. pag. II-313.

strutturalmente e funzionalmente privi di base giuridica legislativa attributiva di potere concreto, raramente sarebbero in grado di riunire in sé tutte le condizioni richieste dalla giurisprudenza a tale scopo.

6.1. Gli *steering instruments* possono essere fonti di *effetti giuridici soft*, innanzitutto, nei confronti delle stesse giurisdizioni comunitarie.

Un'analisi empirica delle pronunce dei Giudici europei, invero, evidenzia che in talune circostanze tali strumenti giuridici *morbidi* hanno rappresentato un elemento di sostegno e supporto delle Sentenze della Corte o del Tribunale.

Spesso, cioè, i Giudici hanno fatto riferimento ad atti che dovrebbero essere paralegislativi, ma che invece sono diventati, nell'applicazione pratica, postlegislativi, almeno laddove so sono trovati ad insistere su materie prossime a quelle oggetto di una disciplina comunitaria vincolante.

6.1.1. Nella Sentenza *Auer*⁴²⁰, ad esempio, la Corte ha dovuto dare risposta alla seguente questione pregiudiziale : se il divieto opposto all'esercizio della professione di veterinario da parte di un soggetto che ha conseguito il titolo d'abilitazione in uno Stato membro e – dopo questa data – è divenuto cittadino di un altro Stato membro nel quale intende esercitare la professione, non costituisca una restrizione della libertà di stabilimento sancita dall'articolo 52 del trattato di Roma ed altresì una limitazione dell'accesso alle professioni indipendenti, tutelato dall'articolo 57 dello stesso trattato.

La pronuncia ha fatto espresso riferimento ad alcuni atti di *soft law* allo scopo di corroborare la propria lettura delle norme di *hard law* ; ed in particolare ha affermato che risultava dalla struttura dei *programmi generali* del 18 dicembre 1961, elaborati per l'attuazione degli articoli 54 e 63 del trattato, oltre che delle direttive adottate in esecuzione di detti programmi, che la sfera d'applicazione *ratione personae* dei provvedimenti di liberalizzazione in materia di stabilimento e

⁴²⁰ Sentenza *Auer*, del 7 febbraio 1979, Causa 136/78, Rac. pag. 437 e sgg.

di servizi doveva determinarsi di volta in volta senza distinzione a seconda della cittadinanza degli interessati.

6.1.2. D'altro canto, un richiamo ai medesimi *programmi generali* è stato effettuato anche nella successiva Sentenza *Thieffry*⁴²¹, del 28 aprile 1977, sottolineando che nel *programma generale* per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento, il Consiglio si fosse preoccupato di eliminare non solo le discriminazioni patenti, ma anche ogni sorta di discriminazioni dissimulate, laddove si era dichiarato, al titolo III, lettera b), che dovevano venir abolite in quanto restrizioni “le condizioni alle quali una disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa subordinano l'accesso ad un'attività non salariata o il suo esercizio e che, sebbene applicabili senza distinzione di cittadinanza, ostacolano esclusivamente o principalmente l'accesso o l'esercizio di tale attività ai cittadini stranieri”.

Tali atti di *soft law*, che si inquadravano nel piano di abolizione delle restrizioni alla libertà di stabilimento, dunque, hanno fornito utili indicazioni per l'attuazione delle disposizioni di articoli del Trattato pienamente vincolanti.

6.1.3. È questa la conclusione cui la Corte giunge, del resto, anche nella successiva Sentenza *Luisi e Carbone*⁴²², del 31 gennaio 1984, nella quale si è affermato che, ai fini dell'attuazione delle norme di cui agli articoli 59 e 60 del Trattato CEE, il titolo II del *programma generale* per la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi stabilito dal Consiglio, il 18 dicembre 1961, contemplava, fra l'altro, la soppressione delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che disciplinano, a scopi economici, in ciascuno degli Stati membri, l'ingresso, l'uscita ed il soggiorno dei cittadini degli Stati membri, nella misura in cui esse non siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica e possano ostacolare la prestazioni di servizi da parte di questi cittadini.

6.1.4. Lo stesso utilizzo di tali peculiari atti di *soft law*, si è verificato, poi, in occasione della

⁴²¹ Sentenza *Thieffry*, del 28 aprile 1977, Causa 71/76, Rac. pag. 765 e sgg.

⁴²² Sentenza *Luisi e Carbone*, del 31 gennaio 1984, Cause riunite 286/82 e 26/83, Rac. pag. 377 e sgg.

Sentenza *Nold*⁴²³, laddove la Corte, nel pronunciarsi sull'annullamento della decisione della Commissione del 21 dicembre 1972, relativa all'autorizzazione di nuove norme di vendita della *Ruhrkohle ag*⁴²⁴, si è richiamata alla *dichiarazione congiunta* di Parlamento, Commissione e Consiglio, del 5 aprile 1977, in materia di protezione dei diritti umani e libertà fondamentali.

6.1.5. La pronuncia che più di tutte, però, ha segnato il campo ad un riconoscimento di *effetti giuridici pratici* di natura interpretativa a sostegno dell'attività giurisdizionale di interpretazione del diritto comunitario vincolante è senza dubbio la Sentenza *Grimaldi*.

Si trattava di una questione pregiudiziale sollevata dal *Tribunal du travail* di Bruxelles vertente sull'interpretazione dell'articolo 189, comma 5, del Trattato CEE e della *raccomandazione* della Commissione agli Stati membri 23 luglio 1962, relativa all'adozione di un elenco europeo di malattie professionali⁴²⁵.

Detta questione è stata sollevata nell'ambito di una controversia fra il sig. Salvatore Grimaldi, lavoratore migrante di cittadinanza italiana, ed il *Fonds des maladies professionnelles* di Bruxelles, sorta in seguito al diniego di quest'ultimo di riconoscere come malattia professionale il morbo di Dupuytren, da cui il Grimaldi risultava essere affetto, in quanto non figurante nell'elenco belga delle malattie professionali.

Quest'ultima malattia figurava, invece, nel punto F.6.b) dell'elenco europeo delle malattie professionali, del quale la *raccomandazione* 23 luglio 1962 auspicava il recepimento nel diritto nazionale.

Inoltre, si poneva la questione di sapere se fosse consentito al Grimaldi di provare l'origine professionale di una malattia non figurante nell'elenco nazionale allo scopo di fruire di un indennizzo in forza del sistema "misto" di risarcimento contemplato dalla *raccomandazione* della Commissione 20 luglio 1966, n . 66/462, relativa alle condizioni di indennizzabilità delle vittime di malattie professionali.

⁴²³ Sentenza *Nold*, del 14 maggio 1974, Causa 4/73, Rac. pag. 491 e sgg.

⁴²⁴ GU 1973, n . 1 120, pag . 14.

⁴²⁵ GU 1962, n . 80, pag . 2188.

Insomma, la questione sollevata verteva sul se, in mancanza di qualsiasi provvedimento nazionale diretto a garantire la loro attuazione, le summenzionate raccomandazioni attribuissero ai singoli dei diritti di cui questi potevano valersi dinanzi al giudice nazionale.

La Corte, al riguardo, ha osservato che le *raccomandazioni*, le quali ai sensi dell'articolo 189, comma 5, del Trattato non sono vincolanti, sono in genere adottate dalle istituzioni comunitarie quando queste non dispongono, in forza del Trattato, del potere di adottare atti obbligatori o quando ritengono che non vi sia motivo di adottare norme più vincolanti.

Per quanto attiene alle due raccomandazioni che costituivano oggetto del presente procedimento occorreva constatare che nulla consentiva di dubitare che tali atti fossero delle vere e proprie raccomandazioni, vale a dire strumenti che, anche nei confronti dei loro destinatari, non miravano a produrre effetti vincolanti.

Tutto ciò significava che esse non potevano allora attribuire alcun diritto che i singoli potessero far valere dinanzi ai giudici nazionali.

La portata storica della Sentenza in esame, del resto, deriva dalla conclusione cui la Corte giunge immediatamente dopo.

Ed invero, i Giudici hanno chiarito che gli atti di *soft law* nei cui confronti si svolgeva il giudizio non potevano essere considerati, però, semplicisticamente privi di qualsiasi effetto giuridico.

Al riguardo, pertanto, si è statuito con fermezza che i giudici nazionali fossero tenuti a prendere in debita considerazione le *raccomandazioni* in esame ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando esse potessero rivelarsi di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire la loro attuazione, o consentissero di completare norme comunitarie aventi natura vincolante.

Tali strumenti di *soft law*, insomma, debbono rappresentare un appiglio interpretativo da tenere inderogabilmente in conto sia da parte dei giudici comunitari, che da parte dei giudici nazionali.

6.1.6. Del resto, ancora, nella Sentenza *Dusseldorp*⁴²⁶, del 25 giugno 1998, relativa ad una domanda sull'interpretazione degli articoli 34, 86, 90 e 130 del Trattato CE, della direttiva del Consiglio 15 luglio 1975, 75/442/CEE, relativa ai rifiuti, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 marzo 1991, 91/156/CEE, nonché del regolamento (CEE) del Consiglio 1 febbraio 1993, n. 259, relativo alla sorveglianza e al controllo delle spedizioni di rifiuti all'interno della Comunità europea, nonché in entrata e in uscita dal suo territorio, la Corte ha utilizzato il testo di un atto di *soft law* per confermare una propria chiave di lettura e di soluzione della controversia.

I Giudici, invero, hanno sostenuto che, dalle disposizioni della direttiva e del regolamento, emergeva che nessuno di questi testi normativi prevedesse l'applicazione dei principi di autosufficienza e di vicinanza ai rifiuti destinati al recupero.

Si è aggiunto, poi, che tale considerazione era invece chiaramente confermata dalla *risoluzione* del Consiglio 7 maggio 1990, sulla politica in materia di rifiuti⁴²⁷, alla quale faceva riferimento il secondo “considerando” della direttiva. In detta risoluzione il Consiglio, infatti, si curava di precisare che l'obiettivo dell'autosufficienza in materia di rifiuti non si applicava al riciclaggio.

Emerge con evidenza, dunque, il tipo di efficacia che la Corte ha riconosciuto anche in questo caso ad uno strumento che pur essendo *paralegislativo* consentiva in ogni caso di trarre degli spunti fondamentali per sostenere e confermare i propri indirizzi interpretativi giurisprudenziali.

Rappresenta, questo, pertanto, un *modus agendi* assolutamente consolidato dei Giudici di Lussemburgo.

⁴²⁶ Sentenza *Dusseldorp*, del 25 giugno 1998, Causa C-203/96, Rac. pag. 4075 e sgg.

⁴²⁷ GU C 122, pag. 2.

6.1.7. Ed invero, ancora recentemente, nella Sentenza *Tögel*⁴²⁸, del 24 settembre 1998, la Corte ha avuto modo di pronunciarsi su diverse questioni pregiudiziali che hanno tirato in ballo nuovamente la problematica legata alla natura giuridica pratica di atti di *soft law sine lege*.

Una delle questioni era rivolta a comprendere se i servizi di trasporto di feriti e di malati con assistenza di un infermiere, di cui trattavasi nella causa principale, dovessero considerarsi prestazioni di servizi di categoria 2 di cui all'allegato I A della direttiva 92/50/CEE (servizi di trasporto terrestre) con la conseguenza che i relativi appalti andavano aggiudicati in base alle norme dei titoli III e IV della direttiva, ovvero se dovessero considerarsi prestazioni di servizi di cui all'allegato I B della direttiva 92/50/CEE (servizi sanitari) con la conseguenza che i relativi appalti andavano, invece, aggiudicati in base agli articoli 13 e 14, o ancora se dette prestazioni non rientrassero affatto nella sfera d'applicazione della direttiva 92/50/CEE⁴²⁹.

Orbene, al fine di statuire su tale controversia interpretativa la Corte ha sostenuto “*ai sensi dell'art. 1, n. 3, del regolamento n. 3696/93, la classificazione prevista dalla CPA dev'essere utilizzata a scopi statistici e che, ai sensi del punto 1 della raccomandazione 96/527, il CPV è destinato unicamente alla redazione dei bandi e delle altre comunicazioni pubblicati nell'ambito dell'aggiudicazione degli appalti pubblici... Ne consegue che le denominazioni dei servizi di cui alla categoria 2 dell'allegato I A e alla categoria 25 dell'allegato I B non possono essere interpretate alla luce della CPA né del CPV*”⁴³⁰.

⁴²⁸ Sentenza *Tögel*, del 24 settembre 1998, Causa C-76/97, Rac. pag. 5357 e sgg.

⁴²⁹ La Corte, al fine di risolvere la controversia, ha analizzato in via preliminare la normativa inerente la materia oggetto del contendere. Così ha operato dei chiarimenti terminologici determinanti, riscontrando che “*Ai sensi del settimo considerando della direttiva 92/50, gli allegati I A e I B si riferiscono alla nomenclatura CPC (classificazione comune dei prodotti) delle Nazioni Unite... L'art. 1 del regolamento (CEE) del Consiglio 29 ottobre 1993, n. 3696, relativo alla classificazione statistica dei prodotti associata alle attività (CPA) nella Comunità economica europea (GU L 342, pag. 1), stabilisce:*

«1. Scopo del presente regolamento è quello di istituire una classificazione dei prodotti associata alle attività nella Comunità per garantire la comparabilità tra le classificazioni nazionali e quelle comunitarie e, quindi, tra le statistiche nazionali e le statistiche comunitarie. 2. (...) 3. Il presente regolamento riguarda unicamente l'impiego della classificazione a scopi statistici»... *Ai sensi del punto 1 della raccomandazione della Commissione 30 luglio 1996, 96/527/CE, relativa all'utilizzazione del vocabolario comune per gli appalti (CPV) per la descrizione dell'oggetto dell'appalto (GU L 222, pag. 10), si raccomanda agli enti appaltanti contemplati dalle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di utilizzare i termini e i codici del «vocabolario comune per gli appalti pubblici» (CPV); quest'ultimo è stato pubblicato nel Supplemento 169 alla Gazzetta ufficiale delle Comunità europee dell'anno 1996”.*

⁴³⁰ Sul punto, del resto, lo stesso Avvocato generale Fennelly, ha affermato “*il CPV, sebbene esplicitamente inteso ad essere utilizzato nel settore degli appalti, forma oggetto soltanto di una raccomandazione della Commissione che, ai*

Ancora una volta, dunque, un c.d. *steering instrument* è ritenuto uno strumento in grado di fornire un potenziale sostegno all'interpretazione del diritto vigente, sebbene, d'altro canto, non ricorressero nella fattispecie concreta i presupposti perché una tale eventualità si potesse verificare.

6.1.8. In conclusione, allora, al fine di riassumere l'orientamento relativo al ruolo da attribuire a tali *steering instruments* di *soft law*, riteniamo significativo richiamare le sintetiche ma quantomai chiare considerazioni svolte dall'Avvocato generale Tesauro, nelle sue Conclusioni del 6 aprile 1995, nel Caso *Kalanke*⁴³¹, relativo all'interpretazione pregiudiziale dell'articolo 2, nn. 1 e 4, della direttiva del Consiglio 76/207/CEE, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro.

L'Avvocato generale, nel corso della sua analisi ha evidenziato che in materia era stata adottata una *raccomandazione* del Consiglio, del 13 dicembre 1984, 84/635/CEE, sulla promozione di azioni positive a favore delle donne, in cui veniva sottolineata la necessità di azioni parallele “per controbilanciare gli effetti negativi risultanti per le donne, nel campo dell'occupazione, dagli atteggiamenti, comportamenti e strutture sociali”: e ciò perché le disposizioni normative esistenti in materia di parità di trattamento “sono inadeguate per eliminare tutte le disparità di fatto”.

La raccomandazione invitava pertanto gli Stati membri ad “adottare una politica di azione positiva intesa ad eliminare le disparità di fatto di cui le donne sono oggetto nella vita lavorativa ed a promuovere l'occupazione mista”(punto 1); nonché, in particolare, a fare in modo che fossero ricomprese tra le azioni positive, per quanto possibile, quelle riguardanti l' “incoraggiamento delle candidature, delle assunzioni e della promozione delle donne nei settori, professioni e livelli in cui

sensi dell'art. 189 del Trattato, non ha efficacia vincolante. Pertanto, non si può ritenere che esso sia diretto all'eventuale sostituzione della CPC ai fini degli allegati I A e I B, come prospettato nel settimo considerando della direttiva servizi. Sebbene il preambolo del CPV faccia pensare che esso servirà alla fine a tale scopo, la stessa raccomandazione CPV si limita a caldeggiare l'impiego di tale nomenclatura per la preparazione delle notifiche e delle altre comunicazioni nel settore degli appalti pubblici. Dato che né il CPV né la stessa raccomandazione CPV fanno riferimento all'utilizzo degli allegati della direttiva servizi per determinare la procedura di aggiudicazione degli appalti appropriata, non si può ritenere, agli attuali fini, che esso abbia il valore interpretativo di una raccomandazione che mira a completare norme comunitarie aventi natura vincolante”.

⁴³¹ Causa C-450/93.

esse sono sottorappresentate, in particolare ai posti di responsabilità” (punto 4).

Tale strumento di *soft law*, insomma, di fronte a disparità di fatto, rivolgeva un invito agli Stati membri ad incoraggiare candidature, assunzioni e promozioni di donne.

Rispetto ad una situazione di tale tipo, tuttavia, l’articolo 2, n. 4, della direttiva consentiva – secondo l’Avvocato – di intervenire con azioni positive, ma solo per innalzare la soglia di partenza della categoria svantaggiata, al fine di assicurare uno statuto effettivo di pari opportunità. L’azione positiva non poteva, dunque, essere diretta a garantire alle donne una parità di risultati nell’occupazione di posti di lavoro, a titolo di compensazione per le discriminazioni storicamente subite. Insomma, l’azione positiva non poteva essere considerata, tanto meno utilizzata, come un mezzo per restaurare, attraverso misure discriminatorie, una situazione di eguaglianza ferita nel passato.

Al fine di dare conferma a tale interpretazione della direttiva in questione, allora, l’Avvocato Tesauro ha operato un vero e proprio formale richiamo *sui generis* al testo della *raccomandazione* sopra citata, sottolineando la circostanza che neppure all’interno di essa fosse rinvenibile alcuna definizione specifica dell’azione positiva, ma solo un elenco degli obiettivi cui tale azione può essere diretta.

Anche nella *raccomandazione*, in definitiva, l’azione positiva veniva qualificata come strumento di una politica di pari opportunità; mentre era invece del tutto assente la previsione del vantaggio a favore della donna al fine di favorirne l’occupazione, ciò che portava ad escludere che possa essere interpretata nel senso di consentire le discriminazioni basate sul sesso ma non dirette alla rimozione di quegli ostacoli che pregiudicano le opportunità delle donne e dunque, in definitiva, il raggiungimento dell’eguaglianza sostanziale.

L’Avvocato generale, così facendo, ha dunque cristallizzato *de facto* ed in modo inequivocabile gli effetti propri di una *raccomandazione* del Consiglio nei confronti dei giudici comunitari.

Ma vi è di più.

Ed invero, l'Avvocato Tesauro, non si è accontentato di dare soltanto applicazione pratica a tale considerazione.

Nelle sue Conclusioni, infatti, si può ritrovare la formalizzazione teorica di tali effetti, laddove si è affermato in modo esplicito ed inequivocabile, al punto 20, che “*sebbene non si tratti di uno strumento giuridicamente vincolante, una raccomandazione, come chiarito dalla stessa Corte, può infatti ben essere d'aiuto nell'interpretazione di altre norme comunitarie, che essa mira a completare*”.

È questo l'effetto giuridico pratico che gli *steering instruments* possono eventualmente produrre nei confronti degli organi giurisdizionali della comunità.

6.2. Orbene, a seguito di tali considerazioni, resta da comprendere soltanto se questi peculiari strumenti di *soft law* producano degli effetti giuridici pratici anche nei confronti delle istituzioni titolari del potere legislativo comunitario o nazionale.

Sul tema la Corte ha avuto modo di intervenire e di pronunciarsi in diverse occasioni.

6.2.1. Di grande rilievo sono le valutazioni sviluppate nella Sentenza *NIFPO*⁴³², del 19 febbraio 1998, che ha affrontato la questione pregiudiziale sulla validità, in primo luogo, del regolamento (CE) del Consiglio 20 dicembre 1994, n. 3362, che stabiliva, per alcuni stock o gruppi di stock ittici, il totale ammissibile di catture (TAC) per il 1995 e talune condizioni cui era soggetta la pesca di detto totale, e, in secondo luogo, dell'allegato VII alla *risoluzione* adottata dal Consiglio dell'Aia il 3 novembre 1976.

Con tali questioni il giudice a quo voleva sapere in sostanza se la validità dell'attribuzione al Regno Unito delle sue quote di merluzzo bianco e di merlano nella zona VII a operata con regolamento n. 3362/94 dipendeva dalla legittimità dell'adozione dell'allegato VII alla *risoluzione* dell'Aia, alla luce in particolare del fatto che tale allegato non fosse stato pubblicato o altrimenti

⁴³² Sentenza *NIFPO*, del 19 febbraio 1998, Causa C-4/96, Rac. pag. I-681 e sgg.

messo a disposizione degli amministratori.

Le ricorrenti ritenevano che l'illegittimità dell'adozione dell'allegato VII alla risoluzione dell'Aia incidesse sulla validità tanto del regolamento n. 3362/94 quanto della citata decisione del Department 5 maggio 1995. Esse sostenevano che, secondo la giurisprudenza della Corte, una risoluzione del Consiglio potrebbe essere pertinente ai fini della valutazione della validità di una decisione nazionale adottata sulla sua base. Ed in ogni caso, il regolamento n. 3362/94 doveva essere conforme ai regolamenti di base che presiedevano alla politica comune della pesca (in particolare il regolamento n. 170/83, sostituito dal regolamento n. 3760/92).

Il governo irlandese, invece, considerava che la risoluzione dell'Aia aveva efficacia vincolante, dal momento che metteva in atto gli obblighi di collaborazione che gli Stati membri avevano assunto attraverso l'art. 5 del Trattato CE al momento dell'adesione alla Comunità. Nella sua giurisprudenza, la Corte avrebbe del resto costantemente riaffermato che le disposizioni dell'allegato VI vincolano gli Stati membri con la conseguenza che lo stesso dovrebbe valere per quanto riguarda l'allegato VII. Ne risulterebbe che, nella misura in cui il Consiglio aveva inteso essere vincolato dalla risoluzione dell'Aia e aveva sempre agito di conseguenza, i principi del legittimo affidamento e dell'«acquis» comunitario avrebbero ostato a che la detta istituzione se ne discostasse senza il consenso dell'Irlanda.

Per contro, il governo del Regno Unito, sostenuto dal governo danese, dal Consiglio nonché dalla Commissione, riteneva che le *risoluzioni* riflettevano unicamente la volontà politica del Consiglio e non costituivano atti vincolanti produttivi di effetti giuridici in grado di limitare, in modo autonomo, la competenza legislativa del Consiglio. Così come nulla impediva al Consiglio di tener conto dei principi sanciti dall'allegato VII della risoluzione dell'Aia al momento dell'adozione di un atto produttivo di effetti obbligatori, come il regolamento.

La Corte, dal canto suo, ha fatto notare che, a tenore dell'allegato VII alla risoluzione dell'Aia, il Consiglio, tenuto conto dei rapporti economici che caratterizzavano le attività di pesca in Irlanda, ha dichiarato la sua intenzione di applicare le disposizioni della politica comune della

pesca in modo da assicurare uno sviluppo continuo e graduale dell'industria della pesca irlandese. Del resto, in tale allegato, il Consiglio ha altresì convenuto di prendere in considerazione le necessità vitali delle popolazioni locali di altre regioni.

Il detto allegato, il quale esprime essenzialmente la volontà politica del Consiglio di tener conto, nell'applicazione della futura politica comune della pesca, delle particolari necessità delle regioni le cui le popolazioni locali dipendono particolarmente dalla pesca e dalle industrie connesse, pertanto, non era tale da produrre effetti giuridici che potevano limitare la competenza legislativa del Consiglio.

La conclusione, allora, appare chiara.

Un c.d. *steering instrument* non può in alcun modo vincolare la futura azione degli organi titolari del potere legislativo comunitario nell'adozione di atti di natura vincolante che insistano sul medesimo oggetto dello strumento di *soft law*, né può far sorgere in capo agli operatori economici privati alcun legittimo affidamento in merito alla futura produzione normativa.

6.2.3. A tal riguardo, del resto, una dottrina molto attenta ritiene estensibile per analogia al *soft law* le considerazioni svolte dall'Avvocato generale Jacobs, nella Causa *Driessen*⁴³³, in relazione all'efficacia giuridica vincolante di una *proposta* della Commissione nel quadro dell'iter di produzione legislativa comunitaria.

La società ricorrente sosteneva di aver concluso un contratto per la costruzione di una nuova imbarcazione dopo la pubblicazione della *proposta* iniziale della Commissione di adozione del futuro del regolamento (CEE) del Consiglio 27 aprile 1989, n. 1101, relativo al risanamento strutturale del settore della navigazione interna.

Alla luce delle disposizioni transitorie previste nella *proposta*, la ricorrente aveva ordinato la nuova nave supponendo che sarebbe stata esonerata dall'applicazione del regime “vecchio per nuovo” quando sarebbe entrato in vigore il regolamento.

⁴³³ Conclusioni del 27 maggio 1993, *Driessen*, Cause riunite C-13 e C-16/92, Rac. pag. I-4751 e sgg.

In quel momento, asseriva la Driessen, essa non poteva sapere che sarebbero state adottate disposizioni transitorie più rigorose. A suo parere, il regolamento, pertanto, era in contrasto col principio posto a tutela del legittimo affidamento in quanto i proprietari di navi, i quali erano stati indotti dalla proposta iniziale della Commissione a ritenere che sarebbero rientrati nella disciplina transitoria a prescindere dalla durata della costruzione delle navi ordinate, erano stati successivamente esclusi dall'ambito di applicazione di tale disciplina.

L'Avvocato generale, tuttavia, non ha concordato con tale linea interpretativa.

Egli ha affermato che un imprenditore che decida di fare assegnamento sul testo di una proposta di legge deve, almeno in linea di principio, assumersi ogni possibile rischio derivante da tale decisione. Se si fosse dovuto ammettere che una proposta presentata dalla Commissione poteva far sorgere in capo a tutti gli operatori economici interessati l'aspettativa legittima che la proposta sarebbe stata adottata dal Consiglio senza alcuna modifica, le conseguenze sarebbero state assolutamente inaccettabili.

Ciò, inoltre, avrebbe implicato che il Consiglio veniva ad essere vincolato alla proposta della Commissione, in spregio alle disposizioni del Trattato. Ed invero, secondo tale ricostruzione avrebbe ricevuto nocumento anche il diritto del Parlamento di partecipare, con potere di indirizzo, al processo di normazione, come previsto dal Trattato. E ne sarebbe conseguito inoltre che la stessa Commissione sarebbe stata vincolata alla sua proposta senza poterla modificare nelle successive fasi dell'iter di normazione.

Orbene, a conclusione di tanto, risultava evidente che la proposta iniziale della Commissione non poteva far sorgere alcuna aspettativa legittima che le disposizioni transitorie previste nella proposta stessa sarebbero state adottate senza alcuna modifica nel testo definitivo del regolamento.

Alcuni autori⁴³⁴ - come detto – hanno interpretato in via analogica tali valutazioni affermando che se una *proposta* della Commissione, legalmente inserita nel quadro dell'iter normativo

⁴³⁴ Si veda, tra gli altri, L. Senden, *op. cit.*, pag. 344.

comunitario, non poteva ingenerare alcun legittimo affidamento in capo ai privati, a maggior ragione un atto di *soft law* non poteva certamente produrre effetti giuridici tali da vincolare la futura azione regolamentare delle istituzioni comunitarie.

6.3. Ciò che resta ancora da approfondire, per concludere, allora, è il tipo di effetti che gli strumenti di *diritto morbido* producono nei confronti degli Stati membri.

6.3.1. A tal riguardo, un rapido cenno merita il c.d. *Metodo aperto di coordinamento*.

Tale nozione designa, come detto, una nuova forma di *governance* che per sua stessa definizione si distingue da quella che si sviluppa mediante l'attuazione di forme giuridiche legate alla *méthode communautaire*, ragion per cui le regole e procedure contemplate non producono effetti giustiziabili nei confronti degli Stati nazionali.

Uno Stato membro, cioè non potrà mai agire in giudizio per dimostrare il presunto inadempimento di un altro Stato alle disposizioni introdotte nell'ambito del MAC.

Certo, abbiamo sottolineato come, del resto, i comportamenti degli Stati sono fortemente e strettamente condizionati alle regole *soft* di tale forma di *governance* in quanto sono forti ed innegabili le pressioni di natura sistemica, economica, ambientale e politica che garantiscono in un certo qual modo la efficacia pratica del *Metodo aperto di coordinamento*.

Ma l'indiscutibile attrattività di tale modello procedimentale di produzione regolamentare è cosa ben diversa dalla possibile giustiziabilità delle norme comunitarie *hard* adottate secondo la *méthode communautaire* tradizionale.

6.3.2. D'altra parte, riguardo le nuove emergenti forme di *governance* comunitarie, vi è un'ulteriore elemento da precisare e chiarire.

Ed invero, non bisogna dimenticare che in due settori specifici il Trattato ha cristallizzato la giuridicità di regole e procedure proprie di forme di *governance* alternative che si discostano da quelle tipicamente comunitarie.

Nel campo della politica dell'impiego, infatti, gli articoli 128 e 129 CE hanno dato formalizzazione ad una nuova modalità di azione giuridica *soft*, fondata sull'emanazione di *lignes directrices pour l'emploi* da rispettare nei piani d'azione nazionali.

La procedura attribuisce al Consiglio il potere di rivolgere delle *raccomandazioni* agli Stati membri, qualora lo ritenga opportuno sulla base degli esami delle relazioni annuali degli Stati membri.

Insomma, si è dato vita ad una modalità *sui generis* di azione normativa *soft* il cui punto limite, da un punto di vista sanzionatorio, è però rappresentato dalla possibilità di emanare una mera *raccomandazione* nei confronti degli Stati inadempienti alle linee direttrici comunitarie, la cui natura è, d'altra parte, chiaramente non vincolante.

Ancora più forte è, poi, la procedura articolata nel campo della politica economica, laddove gli articoli 98 e 99 CE hanno formalizzato una vera e propria nuova forma di azione giuridica in grado di tenere uniti i vari Stati membri.

Le disposizioni di cui all'articolo 104, in materia di deficit eccessivo, rappresentano una sorta di procedimentalizzazione di una nuova originale forma di sanzione applicabile nei confronti di coloro i quali non rispettino le regole in materia di politica economica.

In tal caso si assiste, quindi, ad una sorta di irrigidimento della procedura *soft* del MAC, a tal punto che alcuni autori hanno parlato, a tal riguardo di una *theory of hybridity*.

Trubek , Cottrel e Nance, dell'University Wisconsin-Madison hanno scritto un articolo intitolato "*Soft Law,*" "*Hard Law,*" and *European Integration: Toward a Theory of Hybridity*.

In tale articolo si legge che "*Finally, we have to get beyond the idea that there must be a choice between hard and soft law. These are not mutually incompatible and perhaps the most promising ideas are those that would yoke the two together. This possibility has been recognized by policy makers : thus, in a report to the European Convention on the OMC, the Convention Secretariat noted that:*

“The open method of coordination therefore proves to be an instrument of integration among others. For the same subject matter and within the limits of the Treaties, it can therefore be combined with and linked to other instruments of Community action, including traditional Community legislative action.”(Secretariat, 2002)”.

Ed in particular modo, in relazione alle norme in materia di politica economica comunitaria, tali autori sostengono che *“The multilateral surveillance and excessive deficit procedure employ distinct modes of co-ordination. Whereas the latter can be described as a form of closed coordination, the former can be regarded as an application of the so-called open method of co-ordination. The open method relies on self-commitment by the Member States, peer review and benchmarking, placing emphasis on policy learning and consensus building, while the closed method tends to have top-down policy formulation and provides for binding rules and severe sanctions. Also in terms of the distinction between hard and soft law, where hard law lies at one end of a continuum and soft law at the other, the multilateral surveillance and the excessive deficit procedures are different, the latter being “harder”*⁴³⁵.

Allo stesso modo, Imelda Maher parla di *“...a combination of soft law (multilateral surveillance) and hard law (the excessive deficit procedure) with the Pact having a preference for soft law measures.”*⁴³⁶

In tal caso, allora, è evidente che la nuova forma di *governance* cristallizzata produce dei veri e propri effetti giuridici obbligatori nei confronti degli Stati membri, che sono riconosciuti, del resto, direttamente in Trattato⁴³⁷.

Onde in tali specifiche fattispecie possiamo affermare, senza tema di essere smentiti, che le

⁴³⁵ Il pensiero è ripreso da F Amtenbrink and J de Haan, “Economic Governance in the EU: Fiscal Policy Discipline versus Flexibility,” (2001) 3 *Common Market Law Review* 40.

⁴³⁶ I Maher, “Law and the OMC: Towards a New Flexibility in European Policy-Making?” (2004) 2 *Journal for Comparative Government and European Policy* 2.

⁴³⁷ Questo, ovviamente, per lo meno in linea di principio. È ben nota, invero, la vicenda relativa alla crisi del Consiglio ECOFIN del 25 novembre 2003, che ha respinto le proposte della Commissione di adozione delle raccomandazioni ai sensi dell’articolo 104, paragrafo 8 e paragrafo 9, nei confronti di Francia e Germania.

nuove forme di *governance soft* previste in Trattato, in materia di politica economica e di politica dell'impiego, determinano la produzione di norme che pur essendo senz'altro formalmente soft, tuttavia sono assistite da meccanismi di natura sanzionatoria che le rendono indiscutibilmente obbligatorie e vincolanti nei confronti degli Stati membri.

6.3.3. Per quanto concerne, invece, gli altri strumenti *steering*, la questione del loro rapporto con l'azione politico-giuridica statale ha suscitato un grande dibattito in dottrina.

Alcuni autori hanno considerato determinante, in tale prospettiva, il dispositivo di cui all'ex articolo 5 CEE, sostenendo, pertanto che le *raccomandazioni* indirizzate agli Stati membri « *peuvent prévoir certaines obligations auxiliaires de caractère procédural qui lient aussi bien les Etats que les Communautés elles-mêmes. Elles peuvent par exemple obliger les Etats membres à informer la Commission des mesures adoptées. Ces obligations trouvent leur fondement dans les dispositions des traités prévoyant que les Etats doivent faciliter aux Communautés l'accomplissement de leur mission* »⁴³⁸.

La Corte è intervenuta sul tema in varie occasioni.

Ricordiamo ad esempio l'Ordinanza relativa al Caso *Brother Industries*⁴³⁹, del 30 settembre 1987. La ricorrente domandava l'annullamento di una decisione della Commissione di chiusura di una procedura antidumping ed altresì di un *memorandum* inviato dalla Commissione agli Stati membri al fine di invitare le autorità nazionali ad analizzare l'affare e ad adottare le misure necessarie nel rispetto delle loro proprie legislazioni.

La Corte ha affermato che il *memorandum* indirizzato agli Stati non richiedeva l'adozione di particolari e specifiche misure amministrative o legislative, onde non poteva certo ritenersi vincolante nei loro confronti.

Del resto – si legge nel prosieguo dell'Ordinanza – un obbligo in capo agli Stati membri di adottare specifiche misure non può essere creato dalla Commissione in assenza di una precisa

⁴³⁸ Morand A., *Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire*, CDE, vol. 6, 1970, n. 2, pag. 629.

⁴³⁹ Ordinanza *Brother Industries*, del 30 settembre 1987, Causa 229/86, Rac. pag. 3757 e sgg.

disposizione del Trattato o di qualsiasi altro atto vincolante adottato dalle istituzioni comunitarie.

L'obbligo generale di facilitare la Comunità nell'adempimento dei propri compiti istituzionali previsto nell'attuale articolo 10 CE non può essere considerato assolutamente in grado di vincolare gli Stati membri alle disposizioni di atti di *soft law* privi di *binding force*.

Con riferimento a tale giudizio, del resto, lo stesso Avvocato Generale Tesauro ha sviluppato delle considerazioni analoghe nelle Conclusioni relative al Caso *France c/. Commission*⁴⁴⁰.

Si trattava, nel caso di specie, di un *codice di condotta* adottato dalla Commissione con il consenso degli Stati membri.

Nelle Conclusioni si legge che l'articolo 10 CE non può essere invocato in assenza di specifiche disposizioni del Trattato o di altri atti vincolanti, onde la Commissione non può fare riferimento a tale norma per imporre agli Stati membri l'adozione di atti di natura regolativa per fare seguito ad un atto di natura *soft* quale un codice di condotta.

Pertanto l'Avvocato generale ha concluso che alcun obbligo di trasposizione del *soft law* comunitario possa essere imposto agli Stati qualora non vi sia un vincolo derivante da un atto comunitario di natura *hard*. L'articolo 10 non può colmare questa lacuna.

Tale indirizzo, tuttavia, appare innovativo rispetto all'orientamento precedentemente affermato in occasione della complessa vicenda giurisprudenziale relativa alla c.d. *Hague Fisheries Resolution*.

Nella seconda metà degli anni Settanta, invero, la Corte è stata adita per pronunciarsi su numerose questioni relative tutte all'interpretazione dell'Allegato VI della *Risoluzione* del Consiglio, adottata il 30 ottobre 1976, in occasione della riunione dell'Aia, sulla politica comune volta alla conservazione delle risorse della pesca.

⁴⁴⁰ *France c/. Commission*, Causa C-303/90.

La Sentenza *France c/. Royaume Uni*⁴⁴¹, del 4 ottobre 1979, ha concluso un giudizio sollevato, con atto introduttivo del 14 giugno 1978, dalla Repubblica francese per chiedere, a norma dell'articolo 170 del Trattato CEE, che fosse dichiarato che il Regno Unito adottando il decreto n. 440 intitolato “*sea-fisheries, boats and methods of fishing, the fishing nets (north-east atlantic) order 1977*”, era venuto meno agli obblighi impostigli dal Trattato.

L'azione promossa dalla Repubblica francese trae origine da un incidente marittimo, verificatosi quando un peschereccio francese che stava pescando scampi all'interno della zona di pesca del regno unito, veniva fermato dai servizi britannici che provvedevano alla sorveglianza di tale zona. Il capitano del peschereccio veniva condannato pochi giorni per contravvenzione al decreto suddetto.

La Repubblica francese deduceva, in via principale, che il decreto controverso, emanato in un settore di competenza della Comunità, fosse stato posto in vigore senza tener conto di quanto prescritto dall'Allegato VI della *Risoluzione* adottata all'Aia dal Consiglio, nelle riunioni del 30 ottobre e 3 novembre 1976, a termini della quale, in attesa della messa in vigore dei provvedimenti comunitari adeguati, gli Stati membri potevano, in via provvisoria, adottare provvedimenti unilaterali per la conservazione delle risorse della pesca, a condizione di aver prima consultato la Commissione e chiesto la sua approvazione.

Orbene, dato che questa condizione non era stata assolutamente soddisfatta dal governo del Regno Unito, il provvedimento adottato doveva essere dichiarato in contrasto con il diritto comunitario.

La Corte ha ritenuto fondato il ragionamento sviluppato dalla Francia e sostenuto dalla Commissione, laddove ha affermato che la *Risoluzione* controversa dava una forma concreta nel particolare settore cui essa si trovava applicazione all'obbligo di collaborazione che gli Stati membri hanno assunto a norma dell'articolo 5 del Trattato CEE aderendo alla Comunità.

⁴⁴¹ Sentenza *France c/. Royaume Uni*, del 4 ottobre 1979, Causa 141/78, Rac. pag. 2923 e sgg.

L'adempimento di tale obbligo era particolarmente necessario in una situazione in cui era risultato impossibile, a causa di divergenze d'interessi, istituire una politica comune.

Lo stesso percorso logico ed argomentativi ha caratterizzato, del resto, anche la successiva Sentenza *Commission c/. Royaume Uni*⁴⁴², del 5 maggio 1981, che ha affrontato nuovamente il complesso tema relativo all'efficacia giuridica da riconoscere ad una *risoluzione* del Consiglio, in mancanza di atti di natura vincolante, in una materia di chiara competenza comunitaria.

Dopo la scadenza, avvenuta il 1 gennaio 1979, del periodo transitorio di cui all'articolo 102 dell'Atto d'adesione, la competenza ad adottare, nell'ambito della politica comune della pesca, i provvedimenti destinati alla conservazione delle risorse marittime spettava, infatti, pienamente e definitivamente alla Comunità. Gli Stati membri non avevano quindi più il diritto di esercitare una competenza autonoma in materia di provvedimenti di conservazione, per quel che riguarda le acque sottoposte alla loro giurisdizione.

Per tali ragioni, dato che il trasferimento di competenza in materia era totale e definitivo a favore della Comunità, il fatto che il Consiglio non avesse istituito, nel termine prescritto, i provvedimenti di conservazione contemplati dall'articolo 102 dell'Atto d'adesione non aveva affatto potuto restituire agli stati membri la competenza e la libertà di agire unilateralmente in questo campo.

Il Consiglio, invero, aveva adottato una semplice *risoluzione*, onde i provvedimenti di conservazione in atto alla fine del periodo determinato dall'articolo 102 dell'atto d'adesione restavano in vigore nello stato in cui erano al momento della scadenza del periodo transitorio stabilito da detta disposizione.

Certo, la Corte ha sottolineato che, d'altra parte, non si poteva estendere questa massima fino al punto di porre gli Stati membri nell'impossibilità assoluta di modificare eventualmente i provvedimenti di conservazione in atto. Tuttavia, siffatti provvedimenti di modifica non dovevano

⁴⁴² La Sentenza *Commission c/. Royaume Uni*, del 5 maggio 1981, Causa 804/79, Rac. pag. 1045 e sgg.

implicare una nuova politica di conservazione da parte di uno Stato membro, giacché la competenza per determinare detta politica spetta ormai alle istituzioni comunitarie.

Ecco quindi che, tenuto conto della situazione creata dall'*inerzia* del Consiglio, i Giudici hanno statuito che nei casi in cui questi provvedimenti potevano essere adottati bisognava definirli tenendo conto di tutti gli elementi di diritto disponibili e richiamandosi ai principi strutturali che stanno alla base della Comunità.

Ed invero, l'articolo 5 del Trattato CEE imponeva agli Stati membri degli obblighi particolari di azione e di astensione in una situazione in cui la Commissione, per far fronte ad esigenze urgenti di conservazione delle risorse alieutiche, aveva presentato al Consiglio proposte che, pur se non adottate da questo, dovevano necessariamente costituire il punto di partenza di un'azione comunitaria concertata .

Pertanto, in una situazione caratterizzata dall'*inerzia hard* del Consiglio, la decisione dello stesso, del 25 giugno 1979 e le decisioni parallele imponevano agli Stati membri non solo l'obbligo di consultare la Commissione in modo circostanziato e richiedere lealmente la sua approvazione, ma anche il dovere di non adottare provvedimenti nazionali di conservazione in spregio di obiezioni, riserve o condizioni eventualmente formulate dalla Commissione.

Per essere conforme alle decisioni del Consiglio ed alla procedura stabilita dalla *risoluzione* dell'Aia, dunque, la consultazione cui doveva procedere il governo di uno stato membro prima di adottare dei provvedimenti di conservazione doveva consentire alla commissione di valutare tutte le conseguenze delle disposizioni progettate e di esercitare efficacemente la funzione di controllo attribuitale dall'articolo 155 del Trattato CEE.

La Sentenza in esame, allora fornisce le coordinate per affermare che, sebbene gli strumenti di *soft law paralegislativi* non determinano alcun legittimo affidamento in capo ai privati in merito alle future azioni delle istituzioni comunitarie e nazionali, né determinino un obbligo di produzione

normativa in conformità con le disposizioni contenute in tali strumenti *morbidi*, tuttavia determinano un indiscutibile ed innegabile obbligo giuridico di *standstill*.

Gli Stati membri, e le stesse istituzioni comunitarie, rimangono, insomma, vincolati ai c.d. *steering instruments* nel senso di non poter dar vita ad attività politico normative che si pongano in aperto ed esplicito contrasto con i precetti e le regole in essi contenuti.

Sussiste, dunque, in capo agli Stati membri ed alle stesse istituzioni comunitarie un vincolo che definiamo di *standstill* nel senso di obbligo di non superare il limite rappresentato dalle disposizioni ed anche dallo spirito complessivo dell'atto di *soft law*, il quale, d'altra parte, è adottato – lo ricordiamo – da un'istituzione comunitaria che è “costituzionalmente” deputata a partecipare in prima persona anche, qualora intenda farlo, al procedimento legislativo classico di natura *hard*.

E questo sulla base dell'attuale articolo 10 del Trattato CE, in virtù del quale “*gli Stati membri hanno l'obbligo di facilitare alla Comunità l'assolvimento dei suoi compiti e di astenersi da qualsiasi provvedimento che possa mettere a repentaglio la realizzazione delle finalità del trattato*”⁴⁴³.

A seguito di tale analisi, d'altro canto, una riflessione si impone.

Le ultime due Sentenze analizzate, invero, paiono in contraddizione con le considerazioni svolte dalla Corte stessa e dall'Avvocato Tesauro nelle Cause sopra richiamate.

Ciò che ci preme comprendere, allora, è se tale contrasto sia reale oppure soltanto apparente.

Alcuni autori⁴⁴⁴ sostengono che in realtà le varie pronunce siano frutto di un particolare disegno unitario e coerente. La Corte ha voluto, infatti, affermare l'inesistenza di una “*general obligation on the basis of the article 10 EC*”, ritenendo, invece, pienamente vigente una “*obligation on the basis of a specific duty of cooperation*”.

⁴⁴³ Sentenza *Commission c/. Royaume Uni*, punto 28.

⁴⁴⁴ Si legga la riguardo L. Senden, *op. cit.*, pag. 351 e sgg.

A nostro parere, tale distinzione appare obiettivamente un po' forzata, probabilmente spinta dal pur lodevole intento di sistematizzare e razionalizzare la giurisprudenza comunitaria.

Tale rappresentazione semplificatoria delle valutazioni della Corte, invero, conduce ad affermare che in realtà non vi è stata piena omogeneità nei vari giudizi e nelle valutazioni effettuate dai Giudici, nelle occasioni in cui si sono trovati a dovere dare una valutazione sulla efficacia giuridica di tali strumenti di *soft law* c.d. *paralegislativi*, in quanto in alcuni casi il fondamento giuridico era l'articolo 10 del Trattato, ed in altri, invece, il più generale obbligo di cooperazione.

A ben vedere, però, non è così.

Tutte le considerazioni e valutazioni svolte dai Giudici e dall'Avvocato generale prendono spunto dalla possibilità di considerare l'articolo 10 quale fondamento e base della portata giuridica dei c.d. *steering instruments*.

Ciononostante, però, a nostro avviso, le varie riflessioni giurisprudenziali analizzate non appaiono in contrasto dottrinale tra loro.

A tal riguardo, invero, noi crediamo che si debba chiarire che l'articolo 10 non può assolutamente rappresentare la base giuridica di sostegno dell'esecutività ed obbligatorietà giuridica del *soft law* comunitario⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ Sul punto, del resto, si invita alla lettura della Sentenza del T.A.R. Sicilia, Sede di Palermo, Sez. II, del 7 novembre 2006, n. 2701/06, laddove si è pronunciata sulla richiesta di annullamento di due provvedimenti dell'Ispettorato Provinciale dell'Agricoltura di Agrigento con i quali si era disposta l'archiviazione delle istanze con cui i ricorrenti avevano chiesto di ottenere il premio per il primo insediamento dei giovani, ai sensi dell'art.10 del Regolamento CEE 2328/1991, in quanto: "con **nota** n. 111143 del 22/10/2002 la Commissione Europea ha comunicato che i giovani agricoltori che si sono insediati prima dell'01/01/1999 non possono beneficiare del premio per il primo insediamento". Il Tribunale Amministrativo, invero, dichiarando illegittimi i provvedimenti impugnati ha avuto modo di affermare che l'aver introdotto per virtù delle note assessoriali una sostanziale alterazione del procedimento, tra l'altro non fondata su alcun elemento normativo, rendeva illegittima l'archiviazione delle istanze disposta con i provvedimenti impugnati. In proposito non era certamente sufficiente, per fondare tale scelta, il richiamo alle **note** della Comunità europea. Queste ultime contenevano, infatti, "**osservazioni**" al complemento inviato il 12.09.2002 (e quindi successivamente a quello approvato con Decisione 211/CE) e dunque non potevano incidere sul regime normativo *domestico*. Dalla circolare 307/01 si evince che il complemento di programmazione è stato approvato sia dalla Comunità europea che dalla Giunta regionale di governo; le "**osservazioni**" attengono ad un rapporto tra i due ordinamenti e le relative amministrazioni che non è suscettibile di fondare sufficientemente la motivazione dell'atto assessoriale di modifica delle regole procedurali vigenti al momento della presentazione della domanda e della comunicazione del suo accoglimento. A tale proposito, del resto il Tribunale ha ritenuto necessario aggiungere una considerazione più generale relativa al rapporto tra l'ordinamento **comunitario** e quello domestico sotto il profilo delle decisioni amministrative. Le "**osservazioni**" possedevano un diverso grado di vincolatività rispetto alle statuizioni domestiche che dovevano recepirle, ma erano di per sé insufficienti a costituirne – da sole – un elemento motivazionale. In altri termini, l'Amministrazione nazionale non poteva adottare atti lesivi delle posizioni di giuridica aspettativa o di interesse del privato motivandole con l'obbligo di rispettare un "ordine" o una disposizione della Comunità Europea. Nel caso di specie, non si trattava, infatti, né dell'applicazione di direttive o di decisioni e né, tantomeno, di

Ed è questo che l'Avvocato Tesauro ha inteso sostenere nelle Conclusioni sopra citate.

Non si è voluto dire che gli Stati membri non siano in alcun modo vincolati dall'articolo 10 a tener conto degli atti adottati dalle istituzioni comunitarie, ma si è semplicemente affermato che tale disposizione del Trattato non può consentire di attribuire a tali strumenti *soft* una forza normativa pari a quella di un atto di diritto *hard*.

Onde non può certamente immaginarsi la possibilità di procedere con un'azione in carenza nei confronti di uno Stato che non abbia dato esecuzione ai precetti contenuti in uno *steering instrument*.

Ma, tuttavia, ciò non impedisce, logicamente, che lo stesso Stato membro sia, in ogni caso, indiscutibilmente obbligato a non violare i principi e le regole eventualmente previste in un atto paralegislativo, pena il conflitto con il *principio di leale cooperazione* assunto a fondamento dell'ordinamento comunitario ed inserito nell'articolo 10 citato.

La distinzione tra le due fattispecie è sottile, ma rappresenta il tratto effettivamente caratterizzante quella che è l'efficacia giuridica pratica del *soft law*, quale manifestazione di un diritto non giustiziabile, ma non per questo del tutto sprovvisto di effetti giuridici concreti attuabili in alcuni casi mediante il richiamo strumentale ai principi generali dell'ordinamento comunitario nel suo complesso.

D'altra parte, è questa la conclusione cui è giunta la Corte anche nella Sentenza *Grimaldi* sopra analizzata, laddove ha statuito che *“tuttavia, per risolvere esaurientemente la questione sollevata dal giudice a quo, occorre sottolineare che gli atti di cui trattasi non possono essere considerati per questo privi di qualsiasi effetto giuridico. Infatti, i giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni ai fini della soluzione delle controversie sottoposte*

regolamenti. Le eventuali determinazioni che dall'Ordinamento **comunitario** incidevano nella fase esecutiva dell'applicazione del regolamento non potevano essere semplicemente “recepiti” dall'Assessorato o dal livello regionale di articolazione del potere amministrativo domestico, come se fossero il frutto di direttive o decisioni autoesecutive o comunque vincolanti: spettava al governo regionale adottare i necessari atti volti a contemperare l'osservanza delle prescrizioni comunitarie con le vigenti disposizioni e principi dell'ordinamento nazionale. Onde, in conclusione, non appariva assolutamente condivisibile l'assunto secondo cui le **osservazioni** fossero vincolanti per il governo regionale.

al loro giudizio, in particolare quando esse sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire la loro attuazione, o mirano a completare norme comunitarie aventi natura vincolante” .

6.4. Orbene, a seguito di tutte queste considerazioni, ci sentiamo di condividere le preoccupazioni di quanti guardano con sospetto agli strumenti di *soft law* strutturalmente *sine lege* e funzionalmente *paralegislativi* o in alcune circostanze anche innaturalmente *postlegislativi*.

6.4.1. Ed invero, come abbiamo avuto modo di verificare, tali atti qualora svolgono funzioni di sostegno interpretativo alla giurisprudenza comunitaria, diventano indiscutibilmente in grado di determinare non solo la lettura astratta di un atto di *hard law*, bensì divengono capaci di condizionare l'applicazione e l'attuazione pratica delle norme di diritto vincolante.

È assolutamente evidente, infatti, che la giurisprudenza della Corte e del Tribunale svolge un ruolo determinante nella individuazione e definizione della portata delle regole e delle procedure giuridiche comunitarie *hard* condizionando la condotta delle istituzioni comunitarie, degli Stati membri, degli operatori economici privati e dei semplici cittadini.

Onde, è altresì evidente che se lo sviluppo di tale giurisprudenza è indirizzato concretamente talora dalle disposizioni di atti di *soft law* , questi ultimi, seppur in via mediata ed indiretta, giungono indiscutibilmente a condizionare l'applicazione materiale delle regole comunitarie vincolanti.

6.4.2. Valutazione simile, del resto, merita anche l'analisi degli effetti prodotti da quegli strumenti che limitano l'azione politico-giuridico-istituzionale degli organi legislativi, esecutivi e giurisdizionali degli Stati membri.

In tali circostanze, invero, le istituzioni comunitarie ottengono il risultato di una conformità dell'operato statale a delle regole o a dei principi, senza tuttavia passare per l'approvazione di norme il cui procedimento di adozione si rivela profondamente più lento e laborioso.

Insomma., talvolta le istituzioni comunitarie, rinunciano coscientemente al ricorso a regole vincolanti, per avvalersi di disposizioni sprovviste di efficacia normativa vincolante che tuttavia consentono di ottenere risultati analoghi in termini di indirizzo dell'azione statale.

6.4.3. Tale situazione, però, crea a nostro avviso dei seri problemi nei rapporti di forza tra atti vincolanti e strumenti *soft*.

In quali circostanze le istituzioni comunitarie possono fare ricorso a fonti alternative di produzione giuridica, quali sono i limiti materiali di tale ricorso, sono tutte domande insolute, con grave rischio per il rispetto dei principi fondanti il *rule of law* comunitario.

Ed invero, è di ogni evidenza che la *méthode communautaire* di produzione normativa *hard* prevede una serie di passaggi procedurali volti ad acquisire il *parere* della Commissione e soprattutto il *voto* – vincolante oppure soltanto consultivo – del Parlamento europeo, quale espressione della volontà dei rappresentanti dei cittadini dell'Unione.

Orbene, è chiaro che qualora un c.d. *steering instrument* adottato solo ed esclusivamente dal Consiglio, o in alcuni casi solo dalla Commissione, produca gli effetti giuridici pratici sopra analizzati nei confronti delle giurisdizioni statali e comunitarie, e nei confronti degli Stati membri, tutto ciò pone in serio pericolo non solo il rispetto dell'equilibrio istituzionale della Comunità, ma anche e soprattutto il valore fondante del *principio di democrazia* e dello *stato di diritto*.

Il Parlamento, il cui ruolo legislativo è istituzionalizzato in Trattato, invero, si vede depauperato di ogni effettivo potere normativo.

E questo viola i valori fondatori di una Comunità di diritto, e soprattutto di una Comunità fondata sul principio di democrazia rappresentativa.

È per tale ordine di ragioni che ci si auspica, allora, l'introduzione in trattato di una completa, chiara ed effettiva disciplina che sia in grado di regolare le modalità procedurali e sostanziali di

utilizzo di siffatti strumenti di *soft law* che rischiano realmente di compromettere gli equilibri dell'Unione.

Non si può continuare ad ignorare il problema, bisogna disciplinarlo in modo da limitarne la portata dannosa e distruttiva.

7. *Un necessario inquadramento teorico degli strumenti post legem*

Conclusa la valutazione dell'efficacia giuridica pratica degli strumenti *sine lege* con funzioni *paralegislative*, resta da approfondire, in questa sede, la tematica relativa agli effetti concreti prodotti – ammesso che ve ne siano – dalle fonti di *diritto attenuato cum lege*.

7.1. La categoria di atti di *soft law* strutturalmente *post legem* sulla quale soffermeremo con maggior intensità di analisi la nostra ricerca e la nostra riflessione è costituita dalla tipologia comprensiva di quegli strumenti che definiremo *soft acts*.

Questi ultimi possono, senza dubbio alcuno, essere considerati una vera e propria categoria a sé, in quanto estremamente peculiare se raffrontata alle altre espressioni concrete di *soft law*.

7.1.1. A tal riguardo, del resto, crediamo sia opportuno ribadire una considerazione determinante ai fini della esatta comprensione della ratio che guida le nostre riflessioni.

Il *soft law* identifica una tecnica normativa che racchiude in sé una molteplicità di **fonti di produzione di un diritto attenuato**.

Tali fonti, dunque si caratterizzano per la loro intrinseca capacità di incidere nel mondo giuridico, nella sfera del diritto, seppur in modo più morbido, e meno “violento”, soprattutto per quel che concerne le **sanzioni** che si accompagnano ad un mancato rispetto delle loro norme.

Ma siffatti atti sono fundamentalmente legati, altresì, all'esigenza di strumenti giuridici dotati di maggiore flessibilità, ed in grado perciò di adattarsi e rispondere “*in tempo reale*” alle continue evoluzioni e domande della società contemporanea, e soprattutto di alcuni suoi peculiari settori.

È di tutta evidenza, invero, che il *soft law* comunitario rinviene la sua intrinseca e più importante ragion d'essere, almeno nei suoi primi sviluppi pratici, nella capacità di rispondere con rapidità e competenza alle esigenze reali e concrete proprie di campi di attività legati ad istanze fortemente economiche e commerciali.

Il *diritto morbido post legem* consente, quindi, di colmare dei vuoti, delle lacune, delle zone grigie che si insinuano nelle maglie della regolamentazione *hard* in particolar modo in quei settori caratterizzati da una continua, connaturata, schizofrenica evoluzione e da uno spesso imprevedibile sviluppo.

Uno di tali campi d'applicazione è senza dubbio il *diritto della concorrenza*.

È in tale area che si rinvergono, invero, le manifestazioni più importanti di *soft law* strutturalmente *post legem*.

7.1.2. D'altra parte, all'interno di tali fonti è necessario operare delle nette e chiare classificazioni che consentano di mettere un po' d'ordine e di individuare così le caratteristiche peculiari di ciascuna di essa.

Abbiamo già operato la distinzione tra strumenti di *self-regulation*, strumenti di *co-regulation*.

A tutte questo insieme di risorse giuridiche bisogna – come già rappresentato nei paragrafi 6 e 8 del Cap. II, Parte II, del presente lavoro – aggiungere un'ulteriore congerie di atti che rappresentano probabilmente la fonte più problematica di *soft law post legem*, e cioè quella che ricomprende gli strumenti *morbidi* che definiremo i c.d. *soft acts*.

Cosa si vuol esprimere e sottolineare con tale espressione.

Per *soft acts* si intende fare riferimento ad una gamma articolata di *fonti-atto* che le Istituzioni “costituzionalmente” deputate a produrre *diritto hard* decidono e preferiscono emanare e attuare al posto di fonti destinate alla produzione di diritto cogente.

In altri termini, l'analisi approfondita della situazione normativa, regolamentare e istituzionale dell'Unione europea ha consentito di rinvenire una prassi corrente delle istituzioni "legislative" comunitarie, che si avvalgono sempre più spesso di strumenti giuridici non rinvenibili nella norma che rappresenta la fonte sulla produzione della Comunità Europea, l'articolo 249 del TCE.

Con sempre maggiore frequenza la Commissione *in primis*, ma lo stesso Consiglio, adottano degli atti che secondo una terminologia classica di teoria delle fonti dovremmo definire *atipici o innominati*.

Atti che, ad avviso dello scrivente, non possono essere definiti di *soft regulation*, come qualche autore ha sottolineato.

Ancora una volta, così procedendo, si corre il rischio di fare confusione tra tecniche normative e fonti di "diritto".

Per *soft regulation*, invero, si intende una tecnica volta a disciplinare un settore della vita sociale attraverso una fonte di diritto istituzionale volta a produrre "legalmente" diritto hard, ma che presenta eventualmente dei contenuti normativi che potremmo considerare *leggeri*.

Insomma, tutta una serie di fonti di diritto "costituzionali" che, a fronte di una struttura hard, presentano invece un contenuto normativo concreto morbido.

Ma, si badi bene, non ci troviamo assolutamente in presenza di fonti o di norme di *soft law*.

I *soft acts* sono, di contro, degli atti che rientrano nella più ampia categoria degli *atti atipici* o più precisamente *innominati*, ma si caratterizzano per delle peculiarità che attribuiscono loro delle connotazioni uniche.

In primo luogo, come già evidenziato, sono adottati dalle stesse Istituzioni che partecipano al procedimento legislativo ordinario.

In secondo luogo, tali strumenti non ambiscono a produrre effetti giuridici di tipo hard. Le Istituzioni, non intendono emanare delle regole sostanzialmente normative ma tuttavia prive dei

requisiti di forma richiesti dal Trattato perché si possa parlare di Regolamento o Direttiva o Decisione, onde non sarà mai possibile attribuire loro *forza normativa indiretta*.

La Corte o il Tribunale non saranno, dunque, chiamati a svolgere un'attività di ricerca al fine di verificare se quelle norme sostanziali presentino anche, volta per volta, le caratteristiche sostanziali minime che consentano di conferire *incidental legally binding force*.

Tutt'altro.

Le Istituzioni che adottano tali *soft acts* sono assolutamente coscienti di emanare un Atto che non avrà giammai le caratteristiche minimali in grado di reputarli fonti giuridiche *hard*.

L'intento è davvero quello di adottare atti certamente produttivi di *law*, ma di un *law* di natura *soft*.

7.1.3. In ultima analisi, del resto, corre l'obbligo di operare un ulteriore chiarimento.

A nostro avviso, infatti, occorre ancora una volta evidenziare la circostanza che i *soft acts* di cui parliamo tutto sono fuorché atti di natura atipica nel senso comune del termine.

Non sono cioè atti che di volta in volta assumono forme e strutture normative differenti.

Al contrario la Commissione ed il Consiglio hanno sviluppato ormai una serie di ben precisi e definiti strumenti che adottano con una certa metodicità e prevedibilità.

Si sono, cioè, *de facto*, sviluppate delle fonti standard di soft law la cui caratteristica principale, nel quadro di una teoria delle fonti classica, è quella di essere *innominati*, non previsti cioè nel Trattato.

Ma non sono più *atipici*, quanto alle forme utilizzate e agli effetti desiderati.

Potremmo concludere, dunque, con la considerazione conclusiva secondo cui gli strumenti giuridici comunitari sopra definiti come *soft acts* rappresentano una nuova categoria di fonti tipiche di produzione di *law* di natura *soft*.

Probabilmente, alla luce di tali considerazioni, una loro introduzione e riconoscimento in un quadro istituzionale e costituzionale Comunitario futuro sarebbe più che auspicabile.

Tale istituzionalizzazione anche di questi ulteriori strumenti di soft law, così come è già avvenuto per le altre forme di *self-regulation*, di *co-regulation* consentirebbe di chiarirne anche il valore, gli effetti ed il ruolo.

E consentirebbe, altresì, di cogliere uno degli aspetti salienti dell'orami indiscutibile sempre più importante modo di fare diritto.

Oggi, pur di fare diritto, pur di regolamentare ad ogni costo dei settori determinanti della vita economica e civile della società, piuttosto che lasciare vecchie ed inadeguate normative, o piuttosto che non avere proprio normative applicabili, si preferisce, e con notevoli risultati, avvalersi di strumenti capaci di produrre norme di tipo *soft*, ma pur sempre norme giuridiche.

È questo il passaggio determinante sul quale insistere.

Le Istituzioni preferiscono, in alcune aree, utilizzare regole che sono certamente *soft*, ma che non hanno assolutamente natura di prescrizioni meramente politiche, né tantomeno natura di accordi di diritto privato fondate sul *consensus inter partium*.

Tali regole, al contrario, presentano una indiscutibile natura “giuridica”.

7.2. La Commissione, attraverso tutta la *congerie* di tali strumenti *innominati* che ormai regolarmente emana ed utilizza nella pratica corrente, svolge una vera e propria azione di “*interpretazione autoritativa*” della legislazione *hard* in vigore.

Tale espressione intende cogliere i tratti salienti caratterizzanti tale attività della Commissione.

Quest'ultima, invero, non può certamente fornire un'interpretazione *autentica* della normativa vigente, per il semplice motivo che la Commissione non è incaricata di compiti propriamente legislativi nell'ambito della cd. *méthode communautaire*.

Ma ciononostante essa fornisce agli operatori economici una valutazione che non può assolutamente considerarsi meramente *politica* e quindi certamente *non giustiziabile*.

Ed invero, la Commissione, mediante l'adozione di quelli che abbiamo definito i c.d. *soft*

acts, emana delle regole interpretative o di condotta che producono entrambe, egualmente, senz'altro effetti giuridici pratici e concreti.

Ciò che caratterizza e differenzia, infatti, tali strumenti dalle altri fonti di *soft law* comunitario è una loro caratteristica ulteriore assolutamente peculiare : la **definitività**.

Tale elemento è obiettivamente un *quid strutturale* che colloca, a nostro avviso, questi atti di *diritto morbido* addirittura a metà strada tra il *soft* e l'*hard law*.

I *soft acts* adottati dalla Commissione, quali comunicazioni, orientamenti, ed altri, rappresentano davvero una tipologia assolutamente peculiare degli strumenti di *soft law post legem*, in quanto presentano delle caratteristiche strutturali che le avvicinano fortemente alle fonti di diritto tradizionale.

Questo vuol dire che qualora la Commissione intenda dare vita a delle modifiche di tali strumenti giuridici dovrà tenere nel debito conto tutto l'insieme di situazioni giuridiche "soggettive" ormai *de facto* consolidate in capo agli operatori economici che hanno improntato la loro condotta al rispetto delle linee guida indicate dalla Commissione stessa.

Onde possiamo sostenere, senza timore di essere smentiti, che i privati destinatari del *soft law* diventino pienamente e legittimamente titolari di una sorta di **legittimo affidamento** a che la normativa *hard* in vigore sia interpretata ed applicata, dall'Autorità Amministrativa deputata a farla rispettare, in una determinata direzione.

Ragion per cui gli stessi atti *soft* emanati dalla Commissione creano altresì un vero e proprio **effetto di liceità** nei confronti delle condotte degli operatori economici che vi si adeguano.

Si crea, cioè, *de facto* una *véritable* presunzione di legittimità dei comportamenti e delle pratiche economiche e commerciali che rispettino la legislazione comunitaria così come la Commissione autoritativamente proclama che interpreterà ed applicherà.

Siamo dunque assolutamente al di fuori di un mero programma di azione politica, ma siamo in una zona che è davvero di passaggio stretto tra *soft* e *hard european community law*.

7.3. Al fine di dare piena e completa contezza degli *effetti giuridici* prodotti da quelli che abbiamo definito *soft acts*, è però necessario, ancora una volta, analizzare con estrema attenzione la giurisprudenza della Corte.

Emerge con forza, anche in tale occasione, che il *soft law* risulta effettivamente in grado di esplicare degli effetti giuridici pratici nel contesto ordinamentale comunitario.

Ma è altresì assolutamente palese che tali effetti le vengono riconosciuti grazie all'azione sempre puntuale e lungimirante delle Giurisdizioni comunitarie.

Il ruolo svolto dalla Corte e dal Tribunale è determinante non solo per quanto concerne l'individuazione e dunque il riconoscimento teorico dottrinale di concreti effetti giuridici al *soft law post legem*, ma è insostituibile anche per quel che riguarda la possibilità di dare concreta attuazione a tale forza giuridica.

In altri termini, la giuridicità dei *soft acts* – così come di tutto il *soft law* del resto – si manifesta nella sua pienezza soprattutto in via giurisprudenziale, in una fase necessariamente di patologia dei rapporti oggetto di disciplina *morbida*.

È soprattutto in ambito giudiziario che emergono i profili più marcatamente *giuridici* dei *soft acts* comunitari.

A tal fine, l'opera di innovazione teorica svolta dalla Corte e del Tribunale è obiettivamente unica ed impareggiabile.

I Giudici comunitari hanno dato vita ad una giurisprudenza creativa volta a riconoscere di volta in volta *forza giuridica* a strumenti atipici o innominati adottati dalle istituzioni comunitarie sulla base di alcuni principi generali dell'ordinamento comunitario.

In altri termini la Corte ha sviluppato una linea giurisprudenziale in virtù della quale la forza degli atti di *soft law* era garantita dalla considerazione pacifica che una loro eventuale violazione, pur non essendo giustiziabile di per sé, poteva esserlo in ogni caso in quanto ritenuta lesiva dei principi fondamentali del sistema comunitario.

I Giudici di Lussemburgo hanno, cioè, affermato che gli strumenti di *soft law post legem* determinassero dei veri e propri obblighi giuridici in capo ai destinatari delle loro disposizioni sulla base della semplice quanto efficace considerazione che il venir meno del rispetto di tali precetti determinava in via diretta ed automatica una violazione di alcuni specifici principi generali dell'ordinamento giuridico comunitario, i quali – come è noto – si collocano nel sistema delle fonti in una posizione intermedia tra il Trattato e gli altri atti di diritto derivato.

È in tal modo che si è effettivamente assicurata, seppur in via giurisprudenziale, una reale portata giuridica indiscutibile a tutti quegli strumenti presi in considerazione dalla dottrina quali *linee direttive, codici di condotta, orientamenti, linee guida, istruzioni interne, etc.*, che tuttavia preferiamo riunire, a fini della nostra indagine sotto il termine omnicomprensivo di *comunicazione* della Commissione, inteso quale *soft act* per eccellenza.

8. Il dibattito dottrinale sullo strumento della Comunicazione

8.1. In dottrina il dibattito sviluppatosi intorno allo strumento della *Comunicazione* è stato, e continua ad essere, ampio ed articolato⁴⁴⁶.

8.1.1. Alcuni autori hanno incentrato la loro analisi sulla volontà di rinvenire un comune

⁴⁴⁶ Per alcuni riferimenti bibliografici su tale tema si vedano : Frignani-Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Napoli, 1978, pag. 60 e sgg.; Melchior, *Les communications de la Commission. Contribution à l'étude des actes communautaires non prévus par les Traités*, in Mélanges Fernand Dehousse, Bruxelles, 1979, pag. 243 e sgg. ; Mattera, *Il mercato unico europeo*, Torino, 1990, pag. 43 e sgg. ; Meier, *Die « Mitteilung » der Kommission : Eine Instrument der Normensetzung der Gemeinschaft ?*, in Bahr-Kopf-Mailander, *Festschrift für Ernst Steindorf zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, Berlin-New York, 1990, pag. 1310 e sgg.; Mengozzi, *Il diritto della Comunità Europea*, cit. pagg. 121 e sgg.; Moavero Milanesi, *Partecipazione dello Stato nelle imprese e disciplina comunitaria degli aiuti pubblici*, in Riv.dir. eur., 1990, pag. 529 e sgg.; Schmitt von Sidow, *La place des communications dans la politique de la Commission : les objectifs poursuivis*, in AA.VV., *The 1992: Challenge at National Law*, Baden-Baden, 1990, pag. 667 e sgg.; G. Greco, *Sentenze della Corte e comunicazioni della Commissione : un'ulteriore forza (combinata) di obblighi e poteri amministrativi per gli Stati membri*, in Riv. It. Dir. pubbl. com., 1992, pag. 1320 e sgg.; Della Cananea, *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario : il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in Riv. It. Dir. pubbl. com., 1993, pag. 417 e sgg.; Reale, *Le comunicazioni interpretative delle Comunità europee*, in Riv. dir. eur., 1993, pag. 507 e sgg.; Orlandi, *Le comunicazioni della Commissione: un atto normativo atipico*, Riv. Amm., 1994, II, pag. 583 e sgg.; G. Tesaurò, *op. cit.*, pag. 101; Baratti, *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato tra ordinamento internazionale e ordinamento nazionale*, in AA.VV., *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, a cura di Baratti, Milano, 1998, pag. 2 e sgg.; Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano 1999, pag. 159 e sgg.; Antonioli, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pag. 30 e sgg.

denominatore delle varie forme di *comunicazioni* presenti nella prassi istituzionale della Commissione⁴⁴⁷, rinvenendolo nel *nomen iuris* e nell'assenza di base giuridica legale.

8.1.2. Altri studiosi, del resto, al fine di razionalizzare la complessa fenomenologia, hanno enfatizzato l'impatto delle comunicazioni sui loro destinatari, ravvisando una differenza tra interessi *statici e/o oppositivi* ed interessi *dinamici e/o pretesivi*⁴⁴⁸.

8.1.3. Un'ulteriore dottrina, invece, ha fondato le proprie analisi sul profilo funzionale di tali comunicazioni. Onde la letteratura italiana dominante è solita ormai suddividerle in *informative*, *decisorie* ed *interpretative*⁴⁴⁹.

8.1.4. Una differente corrente di pensiero, infine, preferisce ridurre a sistema le comunicazioni sulla base degli effetti eventualmente derivanti sull'azione delle Autorità amministrative, sostenendo, a tal proposito, che l'eterogeneità che contraddistingue siffatti strumenti rende sterile l'impiego di altre differenti formule classificatorie⁴⁵⁰. Ecco allora che si è avanzata una proposta di ripartizione dicotomica tra comunicazioni di natura *costitutiva*, ossia *additive e/o accrescitive* dell'ordinamento, e quelle di natura meramente *dichiarativa* o *ricognitiva*, ossia semplicemente *descrittive* del quadro normativo vigente⁴⁵¹.

8.2. Di grande rilievo è stato, del resto, anche il dibattito relativo all'inquadramento da riservare alla *comunicazione* nell'ambito dell'ordinamento giuridico comunitario.

8.2.1. Alcuni critici hanno cercato di accomunare alcune fattispecie di comunicazioni, la cui portata fosse individuale e non già generale, ed il cui contenuto avesse natura provvedimentale, alle *decisioni* o alle direttive *self-executing*. Ma tale analisi, a prescindere da ogni valutazione nel

⁴⁴⁷ Antonioli, *op. cit.*, pag. 98 e sgg.

⁴⁴⁸ Si legga, ad esempio, La Valle, *Azione di impugnazione e azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in Jus, 1965, pag. 156 e sgg.; Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, pag. 149 e sgg..

⁴⁴⁹ M.C. Reale, *op. cit.*, pag. 508 e sgg., Mattera, *op. cit.*, pag. 43 e sgg.

⁴⁵⁰ Antonioli, *op. cit.*, pag. 106 e sgg.

⁴⁵¹ L'autore, del resto, a tale divisione aggiunge anche un'ulteriore sottodistinzione, volta a ritagliare altre due tipologie. Da un lato, egli enuclea, tra le comunicazioni costitutive, quelle il cui effetto accrescitivo risulta solamente *mediato*, stante la limitazione dei destinatari nell'ambito delle autorità degli Stati membri. Tali comunicazioni, invero, incidono innanzitutto sui poteri amministrativi nazionali, conformandoli variamente, e – solo mediatamente – sui cittadini. Dall'altro lato, Antonioli rinviene, tra le comunicazioni dichiarative, una sotto-categoria rappresentata da quelle *autolimitative*, in forza delle quali la Commissione, esercitando una sorta di *self-restraint*, circoscrive lo spettro della propria azione.

merito, è ovviamente, per sua espressa menzione, assolutamente parziale e non mira a fornire una visione omnicomprensiva della variegata fenomenologia delle comunicazioni.

8.2.2. Altri studiosi, così, hanno provato ad accomunare tali *comunicazioni* alle *raccomandazioni* e *pareri*, atti tipici ma istituzionalmente privi di efficacia vincolante.

Ed invero, le comunicazioni *conformative* sono state assimilate alle raccomandazioni, mentre quelle meramente *ricognitive* sono state considerate del tutto omogenee ai pareri.

Ma ciononostante, tale ricostruzione dottrinale resta, anch'essa, necessariamente parziale. È evidente, infatti che le comunicazioni definite *costitutive* resterebbero al di fuori di qualsiasi sistematizzazione, in quanto strutturalmente differenti tanto dalle raccomandazioni quanto dai pareri. Così come alcuno spazio definitorio sarebbe riservato alle comunicazioni *autolimitative*, le quali, essendo strutturalmente rivolte alla stessa istituzione emanante, appaiono assolutamente difforni tanto dalle raccomandazioni quanto dai pareri⁴⁵².

8.3. Ecco perché, allora, parte della dottrina ha preferito analizzare l'atto comunitario della *comunicazione* mediante le chiavi di lettura e gli strumenti teorici propri della cultura giuridica statuale.

8.3.1. Alcuni studiosi hanno, così, equiparato la comunicazione alla figura del *testo unico*⁴⁵³, rinvenendo delle affinità nel carattere eterogeneo dei contenuti potenzialmente rinvenibile nei testi unici, i quali possono essere di natura tanto ricognitiva e compilativa, quanto di natura normativa ed innovativa. Ed invero, tale dicotomia potrebbe evocare la *summa divisio*, sopra citata, delle comunicazioni della Commissione. Tale omogeneità contenutistica, del resto, non può offuscare la differenza più rilevante ed insuperabile tra le due tipologie di strumenti. A tal riguardo, invero, è evidente che i testi unici sono portatori di un'efficacia giuridica *hard*, seppur eventualmente di natura meramente ricognitiva della normativa vigente, che le deriva da una diretta, chiara ed

⁴⁵² Ed infatti, al riguardo, si legga Strozzi, secondo cui “*i pareri sono normalmente rivolti da un’istituzione ad un destinatario al fine di far conoscere il proprio punto di vista su una determinata questione ed invitarlo ad adottare un certo comportamento ritenuto auspicabile*”, e le raccomandazioni, invece, “*sono rivolte da un’istituzione di solito agli Stati membri ed esprimono un invito o un’esortazione a tenere un certo comportamento suggerito*”, *op. cit.*, pag. 36.

⁴⁵³ Così. Mengozzi, *op. cit.*, pag. 123.

esplicita *delega legislativa*. Onde è il criterio formale a misurare gli effetti riconducibili alle sue disposizioni. Le comunicazioni, al contrario, sono del tutto prive di qualsiasi base legale che consenta di desumere gli effetti giuridici sulla scorta di un criterio formale. Ragion per cui sarà solo ed esclusivamente il contenuto a determinare la loro eventuale portata giuridica.

8.3.2. Altri autori, invece, hanno ritenuto più pertinente un'analisi comparativistica tra la *comunicazione comunitaria* della Commissione e la *circolare amministrativa* del diritto nazionale, sottolineando le forti analogie ed omogeneità che sussistono tra i due strumenti⁴⁵⁴.

Da un punto di vista funzionale, i due istituti perseguono la medesima finalità di costituire un mezzo di conoscenza dell'orientamento che l'organo emanante intende perseguire nello svolgimento della propria azione amministrativa⁴⁵⁵.

Sul piano strutturale, invece, entrambi si caratterizzano per l'assenza di un contenuto predeterminato⁴⁵⁶.

Tale dottrina, d'altra parte, rinviene ancora altre analogie⁴⁵⁷.

Innanzitutto, i due istituti perseguono il medesimo obiettivo di assicurare un'interpretazione uniforme alle norme giuridiche, rappresentando, così, il quadro normativo vigente e i principi desumibili dalla giurisprudenza in materia⁴⁵⁸.

In secondo luogo, il tratto che indiscutibilmente accomuna è quello rappresentato dalla loro fonte di legittimità giuridico-normativa. Ed invero, tanto la comunicazione, quanto la circolare rinviengono il loro fondamento certamente non in una disposizione di legge, ma nella *potestà normativa interna* degli organi amministrativi. Tale interpretazione deriva, dunque,

⁴⁵⁴ Si veda, per un'indagine più approfondita sulla tematica – che per ragioni di tempo non ci è consentito di approfondire adeguatamente – la precisa, completa e lucida analisi svolta da Antonioli, *op. cit.*, pag. 231 e sgg.

⁴⁵⁵ Si legga, a tal proposito, F. Bassi, secondo cui la circolare rappresenta una *misura di conoscenza*, ossia “una modalità di esternazione di una manifestazione di volontà, scienza o quant'altro, promanante da un organo amministrativo e diretta ad una pluralità di destinatari”, *Circolari amministrative*, in Dig. It., vol. III, Torino, 1989, pag. 55.

⁴⁵⁶ Ancora F. Bassi, *op. cit.*, laddove si legge che “la circolare è una modalità di esternazione utilizzabile per qualsiasi contenuto...Utilizzando una espressione corrente, può dirsi, conclusivamente, che la circolare è un contenitore buono per tutti gli usi”, pag. 55.

⁴⁵⁷ Così, M. Antonioli, *Le comunicazioni della Commissione tra diritto comunitario e diritto interno*, in Riv. It. Dir. pubbl. com., n. 1, 1995, pag. 45.

⁴⁵⁸ In tal senso, G. Greco, *op. cit.*, pag. 1320.

dall'attribuzione di una natura eminentemente di organo esecutivo attribuibile alla Commissione nell'ambito delle attività a lei riservate in materia di diritto della concorrenza ed aiuti di Stato.

Insomma, le comunicazioni della Commissione – tra le quali sono certamente numerose quelle definite *autolimitative* – in tale prospettiva, possono essere senz'altro equiparabili, non soltanto alle circolari interpretative e ricognitive, ma altresì alle circolari amministrative che dettano le regole interne volte ad autoregolamentare la futura attività amministrativa dell'organo emanante, potendo così costituire entrambe *parametri* di legittimità dell'attività *provvedimentale* delle rispettive Autorità amministrative comunitarie e nazionali.

8.4. Orbene, tale ampio excursus dottrinale preliminare ha permesso di evidenziare i notevoli sforzi compiuti al fine di riuscire ad inquadrare la figura della *comunicazione* della Commissione nell'ambito della struttura ordinamentale comunitaria.

8.4.1. È evidente, invero, che a dispetto di un utilizzo costante ed imponente di tale strumento giuridico *soft*, l'ordinamento comunitario non si è minimamente curato di prevederne un'adeguata disciplina né che ne regolamentasse gli effetti nei confronti dell'Autorità emanante e degli operatori economici indirettamente coinvolti dalle sue disposizioni, e né che ne chiarisse i rapporti con le altre fonti normative comunitarie nei confronti delle quali svolgono un'azione di indiscutibile integrazione e completamento.

Di qui nascono tutte le difficoltà interpretative ed i numerosi svariati tentativi di ricondurre a sistema tali comunicazioni comunitarie anche eventualmente avvalendosi di strumenti interpretativi mutuati dagli ordinamenti giuridici nazionali.

Senza dubbio, la proposta interpretativa che ci sembra più pertinente e capace di fornire una visione omnicomprensiva della eterogenea fenomenologia delle comunicazioni della Commissione, è quella che ha provveduto a sottolineare le similitudini strutturali e funzionali esistenti tra lo strumento di *soft law* comunitario in questione e la *circolare* amministrativa di diritto nazionale.

Ed invero, a ben vedere, anche e soprattutto nell'ottica relativa alle possibilità pratiche offerte all'operatore economico che ritenga di essere stato leso nei propri interessi meritevoli di tutela giuridica da una azione amministrativa svolta in contrasto con un atto di *soft law*, quale la comunicazione della Commissione, tale assimilazione potrebbe portare delle soluzioni concrete effettivamente percorribili.

8.4.2. Come è del tutto noto, infatti, il diritto amministrativo nazionale, soprattutto italiano e francese, ha sviluppato una particolare teoria in materia di vizi degli atti amministrativi deducibili in giudizio al fine di far dichiarare l'annullamento di un provvedimento eventualmente viziato.

Accanto alle classiche figure della violazione di legge ed incompetenza, la giurisprudenza francese introdusse il vizio c.d. del *détournement de pouvoir*⁴⁵⁹, inteso ad evidenziare che, anche se “l'atto è conforme al dettato normativo quanto alla competenza dell'organo, alla forma, ai singoli elementi costitutivi”, tuttavia “esso contrasta con i fini perseguiti dalla norma sulla base della quale è stato emanato, dato che l'organo agente, intenzionalmente – o, secondo taluni, anche per errore – ne ha fatto un'applicazione diversa da quella voluta dalla norma medesima e contrastante con i principi che dovevano ispirare, in generale o in concreto, la sua azione; talché, pur nel formale rispetto della norma, si crea un atto che ne contraddice gli scopi, in quanto ispirato – ma qui le opinioni divergono – a considerazioni (o motivi) illecite o soltanto scorrette o comunque inadeguate al caso di specie”⁴⁶⁰.

Il diritto amministrativo italiano, dal canto suo, com'è noto, ha introdotto, però, a partire dalla Legge n. 5992, del 3 marzo 1889, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, la figura dell'*eccesso di potere*, di cui lo *sviamento* non rappresenta che una delle possibili configurazioni.

⁴⁵⁹ La prima definizione dello sviamento di potere come difformità dello scopo rispetto a quello della norma cui l'atto si riferisce risale a Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, Paris, 1894, vol I, pag. 411.

⁴⁶⁰ Tale completa definizione la si rinviene in A. Tizzano, *La Corte di Giustizia delle Comunità europee*, cit., pag. 354; d'altra parte, per un ulteriore approfondimento si consiglia, tra gli altri, G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, pag. 311 e sgg.; A. Azzera, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, 1976, pag. 86 e sgg.; E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, pag. 411 e sgg.; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003, pag. 484 e sgg.

La giurisprudenza amministrativa italiana, del resto, ha elaborato altresì una complessa fenomenologia di c.d. *figure sintomatiche* in grado di dare contezza in via presuntiva del non corretto esercizio del potere in vista del suo fine istituzionale. Esse agevolano il compito dell'interprete perché forniscono una sorta di catalogo delle situazioni in cui l'atto amministrativo può risultare viziato per eccesso di potere⁴⁶¹.

Nell'ambito di tali *figure* sono state, da sempre, tradizionalmente ricomprese l'insufficienza, la mancanza o incongruità della motivazione, l'ingiustizia manifesta, la disparità di trattamento, la contraddittorietà tra più parti dello stesso atto, o tra più atti adottati dallo stesso organo, l'incompletezza o il difetto dell'istruttoria, ma anche e soprattutto la *violazione di circolari, ordini, istruzioni di servizio e prassi*.

Orbene, risulta assolutamente evidente che la dottrina sopra citata, la quale ha inteso palesare le similitudini strutturali e funzionali delle *comunicazioni* della Commissione con le *circolari* amministrative nazionali, ha indubbiamente inteso rinvenire altresì una possibilità concreta offerta agli operatori economici privati comunitari di contestare in giudizio l'operato dell'Amministrazione comunitaria in caso di mancato rispetto e conformità ai dettami di precedenti *istruzioni, linee guida, orientamenti*, etc.

Insomma, mediante l'assimilazione ad un istituto proprio del diritto amministrativo statale, alcuni studiosi hanno considerato possibile fornire una base normativa, seppur di natura processuale, alla effettiva efficacia giuridica pratica dei *soft acts* comunitari.

Si è suggerita, in conclusione, l'introduzione giurisprudenziale di un vizio degli atti della Commissione fondato sulla *violazione di orientamenti o comunicazioni* della Commissione.

8.5. Orbene, seppur estremamente apprezzabile e lodevole quanto agli scopi perseguiti, tale indirizzo dottrinale non deve, tuttavia, essere enfatizzato o mitizzato, in quanto incontra, purtroppo,

⁴⁶¹ Si deve, d'altro canto, all'opera di N. Papaldo, *L'eccesso di potere amministrativo secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in Scritti giuridici, Milano, 1959, pag. 33-93, una delle prime catalogazioni di queste figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

dei limiti teorici insuperabili.

In primo luogo, infatti, non si comprende bene se tale vizio, che eventualmente può essere addotto, sia riferibile anche alla violazione di semplici comunicazioni *interpretative* della legislazione vigente, oppure solo alla violazione delle c.d. comunicazioni *autolimitative*.

In secondo luogo, non è chiaro nell'ambito di quali vizi indicati nel testo dell'articolo 230 CE far rientrare la contestazione di tale violazione.

Ed invero, certamente non la si può inserire quale fondamento della *violazione di forme sostanziali*, in quanto non vi è nessuna regola *hard* che ne impone il rispetto a pena di illegittimità formale o sostanziale.

L'unica strada perseguibile sarebbe, allora, quella di considerarla come *sintomo* di un eccesso di potere comunitario.

Ma qui il discorso si complica ed il percorso interpretativo diventa improcedibile per due ordini di motivazioni strettamente legate tra loro.

Innanzitutto, è opportuno ricordare che l'ordinamento comunitario non prevede, tra i mezzi di annullamento degli atti delle istituzioni, quello dell'eccesso di potere, bensì – a causa della forte influenza della giurisprudenza amministrativa del *Conseil d'Etat* francese – solo ed esclusivamente quello di *détournement de pouvoir*, ossia di *sviamento di potere*.

Da tanto, allora, appare chiaro che è assolutamente impensabile di far eventualmente rientrare un vizio derivante dalla violazione di disposizioni di *soft law* nel quadro del più generico vizio di sviamento. Ed invero, per *détournement* si intende l'esercizio di un potere « *dans un but autre que celui en vue duquel il a été conféré* »⁴⁶². La Corte, cioè, da sempre, sviluppando una concezione *obiettiva* dello *sviamento*, ha pacificamente ritenuto che « *une décision n'est entachée de détournement de pouvoir que si elle apparaît, sur la base d'indices objectifs, pertinents et concordants, avoir été prise pour atteindre des fins autres que celles excipées* »⁴⁶³.

Alla luce di tale giurisprudenza emerge, pertanto, evidente che non può considerarsi contrario

⁴⁶² Sentenza *Hauts Fourneaux de Chasse*, del 12 giugno 1958, Causa 15/57, Rac. pag. IV 155 e sgg.

⁴⁶³ Sentenza *Kerzmann*, del 4 luglio 1989, Causa 198/87, Rac. pag. 2083 e sgg.

allo scopo istituzionale per il quale il potere è stato conferito, un atto che sia stato adottato in contrasto con una *comunicazione* che, ovviamente, non ha nulla a che vedere con la norma attributiva della competenza all'organo amministrativo.

Non può, in altri termini, assolutamente contestarsi lo sviamento da un fine non indicato nella regola che attribuisce il potere, ma presente in un altro strumento, e per giunta di *soft law*.

Lo scopo dal quale si è sviato deve essere quello indicato nella norma che ha conferito la titolarità dell'esercizio del potere.

Di qui deriva, allora, la seconda considerazione, di carattere più generale.

Ed invero, le valutazioni appena riportate ci danno piena contezza del fatto che non si possono semplicisticamente trasporre all'analisi concernente atti giuridici comunitari, elementi interpretativi e strumenti di indagine propri della cultura giuridica statale.

Gli atti di *soft law comunitari*, ed in particolar modo quelli che abbiamo definito i *soft acts*, sono delle figure giuridiche assolutamente peculiari ed uniche nel panorama dottrinale mondiale.

Non è, dunque, possibile cercare spiegazioni e razionalizzazioni degli *effetti giuridici* propri di tali strumenti a partire da concetti e pratiche appartenenti alla logica statualistica, né tantomeno internazionalistica.

Siamo in presenza di un *unicum*, di una tipologia di atti produttivi di effetti giuridici pratici e concreti che non ha eguali in altri ordinamenti.

Onde, è finalmente giunto il momento di analizzare le loro caratteristiche funzionali e strutturali a partire dall'ordinamento comunitario.

È solo al suo interno che sarà possibile rinvenire il fondamento "legale" dell'efficacia giuridica *soft* dei *soft acts* adottati dalla Commissione.

8.6. È per tale ordine di motivazioni che, allora, riteniamo determinante – come già preannunciato nel paragrafo 7.3. del presente Capitolo – l'analisi empirica della giurisprudenza

della Corte e del Tribunale di Lussemburgo.

Fino a quando il Legislatore comunitario non provvederà a fornire una adeguata disciplina giuridica a tali strumenti, infatti, è solo nell'ambito delle pronunce dei Giudici comunitari che si potrà rinvenire il fondamento giuridico dell'efficacia pratica di cui sono indiscutibilmente dotati i *soft acts* e che consente loro di essere considerati indiscutibilmente espressione di *law* seppur *soft*.

Insomma, potremmo concludere che l'efficacia giuridica degli atti di *soft law* strutturalmente *post legem* deriva attualmente dalla giurisprudenza dei Giudici di Lussemburgo.

Si tratta – qualcuno sosterebbe – di un *diritto di derivazione giurisprudenziale*.

È, allora, a questa giurisprudenza che bisogna fare riferimento, non ad altre forme di elaborazione dottrinale.

9. Gli effetti giuridici delle Comunicazioni della Commissione

L'analisi empirica delle pronunce dei Giudici comunitari, del resto, non deve trarre in inganno la dottrina che vorrebbe cercare di rinvenire un unico e comune fondamento teorico alla eventuale *efficacia legale* di tutti gli atti di *soft law post legem* adottati dalla Commissione o, in alcuni più limitati casi dal Consiglio.

Ed invero, un'attenta e puntuale riflessione incentrata sulla giurisprudenza comunitaria consente, a nostro avviso, di individuare senz'altro un comune fondamento *legale* all'*efficacia giuridica pratica* delle *comunicazioni, orientamenti, linee direttrici, istruzioni interne*, ed altri atti simili, emanati dalla Commissione, o talvolta dal Consiglio, ad integrazione e supporto della legislazione *hard* in vigore.

I Giudici hanno, infatti, dato vita ad una ricostruzione interpretativa dell'ordinamento comunitario che consente a tutti gli atti di *soft law* considerati di entrare a pieno titolo nell'alveo

delle fonti di diritto comunitario, a prescindere dal fatto che esse producano diritto *forte* oppure soltanto *morbido*.

La Corte, attraverso la propria innovativa e pertinente giurisprudenza, ha consentito di ritenere dotati di una forza giuridica incontestabile ed effettiva i c.d. *soft acts* comunitari, considerati, dunque, realmente parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario nel suo complesso.

9.1. Nonostante tale considerazione, d'altra parte, è necessario evidenziare che esistono delle differenze tra i vari strumenti di *diritto morbido comunitario* in relazione agli *effetti legali* di cui sono potenzialmente produttori.

Al fine di chiarire tali dubbi riteniamo, pertanto, opportuno, a questo punto della ricerca, sottolineare e ribadire la distinzione tra fonti di *soft law*, necessariamente imposta – a nostro avviso – dalla peculiarità della giuridicità comunitaria, già analizzata nei paragrafi 2 e 3 del presente Capitolo.

È la dicotomia tra strumenti dotati di *incidental legally binding force* ed altri invece considerati atti di *true soft law*.

Ai primi – lo si ricorda – la teoria sostanzialistica sviluppata dalla Corte di Giustizia, in materia di forza giuridica vincolante, e quindi di ricevibilità di eventuali ricorsi in annullamento, ha attribuito una reale efficacia normativa vincolante seppur indiretta.

Onde coloro i quali si ritengano eventualmente lesi da un atto che, pur essendo formalmente di *soft law* sia, in realtà, in grado di produrre *effetti normativi indiretti* nei confronti dei destinatari, possono proporre ricorso innanzi alle giurisdizioni comunitarie al fine di farne dichiarare, in caso di illegittimità, l'annullamento.

Orbene, ciò che è indispensabile comprendere sono le differenze che, in caso di adozione di *soft law post legem* da parte della Commissione o del Consiglio, intercorrono tra atti dotati di *forza*

normativa indiretta ed atti invece espressione di *true soft law*.

La differenza pratica più evidente, come è chiaro, consiste nella possibilità che gli operatori economici privati possano essere, eventualmente, direttamente lesi da un atto di *diritto morbido* che a loro si rivolga quali destinatari dei propri precetti.

Insomma, i privati hanno la possibilità di contestare direttamente innanzi alle giurisdizioni comunitarie la eventuale illegittimità di uno strumento che pur essendo formalmente di *soft law* produca tuttavia – e spetterà al Giudice, mediante il *test* sopra analizzato, verificare se tale circostanza si verifica effettivamente – degli effetti obbligatori vincolanti nei confronti dei consociati.

Del resto, qui le strade si dividono.

Ed invero, i cittadini che ritengano di essere stati lesi da un atto che li riguardi *direttamente* ed *individualmente* potranno adire in via diretta la giurisdizione comunitaria al fine di far dichiarare l'illegittimità di quella che è una sorta di *decisione déguisée*.

Gli operatori privati, i quali, invece, credano di essere stati potenzialmente danneggiati da un atto di *soft law* dotato di efficacia obbligatoria sostanzialmente *hard*, ma che, tuttavia, disciplina soltanto fattispecie astratte e categorie tipiche di destinatari, hanno una sola opportunità residuale a loro disposizione, e cioè la eventuale *eccezione di illegittimità*, ai sensi dell'articolo 241 CE, da sollevare in un giudizio già pendente su di un oggetto quale, ad esempio, un atto vincolante adottato dalle istituzioni comunitarie che sia direttamente e specificamente lesivo degli interessi dei ricorrenti.

Ecco quindi le potenziali possibilità tecnico processuali a disposizione dei cittadini per contestare l'eventuale illegittimità di un atto di *soft law*.

Ci si renderà conto facilmente, allora, che in tale considerazione c'è un qualcosa di obiettivamente rivoluzionario, ma ormai effettivamente consolidato, *de facto*, grazie all'operato della Corte e degli operatori della giustizia comunitari.

Insomma, un privato cittadino ha effettivamente la possibilità, in tali circostanze, di contestare

la *violazione di legge*, la *incompetenza*, o lo *sviamento di potere* di un atto di *soft law* comunitario, cioè di un atto formalmente privo di efficacia giuridica, ma sostanzialmente ritenuto in grado di produrre effetti pienamente *normativi*.

In tali ipotesi, si assiste ad un fenomeno quantomeno peculiare di *soft law*, il quale viene considerato effettivamente potenzialmente lesivo di posizioni giuridiche consolidate in capo ai privati, e quindi equiparato – in tal guisa – in tutto e per tutto ad un atto di *hard law*.

Certo, a tal punto dell'analisi, qualcuno potrebbe obiettare, ma com'è possibile che un atto di *diritto morbido* privo di riconoscimento giuridico formale, privo di base giuridica, emanato da un'istituzione priva di competenze formalmente attribuitele, e privo dunque di scopi istituzionali, possa essere oggetto di contestazione in sede giurisdizionale sulla base di presunte eventuali violazioni di legge (quale !?), incompetenza (di quale istituzione !?), o sviamento di potere (in relazione a quale scopo legale !?).

In realtà, a tali pur legittime perplessità, crediamo sia giusto rispondere ribadendo quello che è il consolidato orientamento giurisprudenziale in materia.

La Corte, invero, ha sviluppato una linea interpretativa estremamente rigorosa, in virtù della quale soltanto gli atti che presentino tutte le caratteristiche sopra analizzate (paragrafo 3 del presente Capitolo), quali l' *intentio iuris*, la capacità di produrre *nuovi, esterni e definitivi* effetti giuridici, e l'esistenza di un'effettiva competenza delle Comunità ad intervenire nella materia oggetto di disciplina *leggera*, nonché di una adeguata base giuridica in grado di sostenere la fonte di *diritto morbido*, possano ritenersi realmente in grado di produrre *effetti normativi indiretti*.

Orbene, è di tutta evidenza allora che i Giudici hanno ritenuto applicabile tale teoria interpretativa solo ed esclusivamente a quegli atti di *soft law* che presentano, seppur in maniera velata – quasi al limite, potremmo azzardare, della *frode* legislativa – tutti gli elementi strutturali costitutivi di un atto di *hard law*, ivi compresa la base giuridica.

Ciò che manca è la previsione dello strumento adottato in una norma sulla produzione che riconosca formalmente il *nomen iuris* dell'atto contestato.

Ma tale requisito, a ben vedere, non è richiesto dall'articolo 230 CE, e la sua esigenza può essere superata mediante un'interpretazione estensiva e sistematica del dettato normativo altresì dell'articolo 241, onde è assolutamente chiaro e pacifico che anche un atto di *soft law*, in circostanze specifiche, possa essere oggetto di contestazione giurisdizionale alla stessa stregua di una fonte di *hard law*.

9.2. Sul tema in esame, del resto, la Corte si è pronunciata in più di un'occasione.

Uno spunto interessante viene dalla giurisprudenza in materia di funzionari delle istituzioni.

9.2.1. La Sentenza *Acton c/. Commission*,⁴⁶⁴ del 18 marzo 1975, ad esempio, ha risolto una controversia proposta da alcuni funzionari contro delle decisioni individuali della Commissione di operare delle trattenute sugli stipendi a causa di scioperi effettuati. Nel caso in esame l'istituzione chiedeva l'irricevibilità sostenendo che le decisioni contestate non fossero altro che misure di esecuzione di una decisione di carattere generale del 16 dicembre 1970, nei cui confronti gli attori non avevano proposto gravame.

Orbene, la Corte ha affermato per la prima volta un principio generale che troverà applicazione in seguito, e cioè che « *le fonctionnaire, considéré individuellement, ne saurait être privé du droit d'invoquer l'illégalité de cet acte pour attaquer la décision individuelle qui lui permet de savoir avec certitude comment et dans quelle mesure ses intérêts particuliers sont affectés* ».

9.2.2. In maniera ancora più precisa, del resto, si esprime il Tribunale nella Sentenza *Baiwir c/. Commission*⁴⁶⁵, del 6 giugno 1996, su ricorso avanzato da un funzionario per chiedere l'annullamento di una lista dei funzionari meritevoli di promozione, fondata su un nuovo metodo di calcolo dei profili di carriere introdotto da una *decisione generale* della Commissione approvata anche dal comitato del personale.

La questione che interessa ai fini della nostra indagine riguarda la sollevata richiesta della

⁴⁶⁴ Sentenza *Acton c/. Commission*, del 18 marzo 1975, Cause riunite 44, 46, 49/74, Rac. pag. 383 e sgg.

⁴⁶⁵ Sentenza TPI *Baiwir*, del 6 giugno 1996, Caua T-262/94, Rac. pag. IA 257 e sgg.

Commissione, resistente, di dichiarare irricevibilità l'eccezione di illegalità della decisione generale avanzata dall'attore.

Sul tema, il Tribunale ha affermato che « *selon une jurisprudence constante, l'exception d'illégalité prévue à l'article 184 du traité constitue l'expression d'un principe général assurant à toute partie le droit de contester par voie incidente, en vue d'obtenir l'annulation d'une décision qui lui est adressée, la validité de l'acte réglementaire qui forme la base juridique de celle-ci... A cet égard, il y a lieu d'observer que, si la décision du 9 juillet 1992 ne saurait être qualifiée de règle de droit à l'observation de laquelle l'administration serait, en tout cas, tenue, elle énonce toutefois une règle de conduite indiquant la pratique à suivre, dont l'administration peut uniquement s'écarter en fournissant des raisons qui soient compatibles avec le principe de l'égalité de traitement. Il convient dès lors de considérer que la décision du 9 juillet 1992 constitue un acte de caractère général... Il s'ensuit que le premier motif d'irrecevabilité invoqué par la Commission doit être rejeté, pour autant qu'il concerne le premier moyen, dans la mesure où il remet en cause les deux distinctions non couvertes par la décision du 9 juillet 1992, ainsi que les deuxième, troisième et quatrième moyens* ».

La pronuncia evidenzia, dunque, l'approccio interpretativo estensivo riservato all'applicazione pratica del vecchio articolo 184, ora articolo 241 CE.

9.2.3. Del resto, lo stesso orientamento è stato confermato in altre pronunce, quali la Sentenza *Malcom c/. Commission*⁴⁶⁶, del 3 febbraio 2000, nella quale il Tribunale chiarisce le condizioni in base alle quali consentire l'utilizzo dell'istituto dell'*eccezione di illegalità*, richiamando anche dei precedenti giurisprudenziali di grande rilievo⁴⁶⁷.

A tal proposito si chiarisce che « *il y a lieu de rappeler, à titre liminaire, que la portée d'une exception d'illégalité doit être limitée à ce qui est indispensable à la solution du litige. En effet, selon la jurisprudence, l'article 184 du traité CE (devenu article 241 CE) n'a pas pour but de*

⁴⁶⁶ Sentenza *Malcom c/. Commission*, del 3 febbraio 2000, Causa T-60/99, Rac. pag. IA 11 e sgg.

⁴⁶⁷ Sentenza del 31 marzo 1965, *Macchiorlati Dalmas e Figli/Haute Autorité*, Causa 21/64, Rac. p. 227, 245 ; Sentenza del 13 luglio 1966, *Italie/Conseil et Commission*, Causa 32/65, Rac. p. 563, 594; Sentenza del Tribunale del 26 ottobre 1993, *Reinarz/Commission*, Causa T-6/92 et T-52/92, Rac. p. II-1047, punto 57.

permettre à une partie de contester l'applicabilité de quelque acte de caractère général que ce soit à la faveur d'un recours quelconque. L'acte général dont l'illégalité est soulevée doit être applicable, directement ou indirectement, à l'espèce qui fait l'objet du recours et il doit exister un lien juridique direct entre la décision individuelle attaquée et l'acte général en question ».

È evidente, allora che il Tribunale abbia finalmente dato una razionalizzazione conclusiva all'applicazione pratica dell'istituto dell'*eccezione di illegittimità*.

9.2.4. D'altra parte, il testo ufficiale nel quale rinveniamo ad oggi un chiaro e definitivo ragionamento sulle le condizioni di applicazione della norma di cui all'articolo 241 CE, e sulla possibilità effettiva che un atto di *soft law* eventualmente rispondente a tali condizioni procedurali, possa essere oggetto di disamina giurisdizionale mediante lo strumento dell'*eccezione di illegittimità*, è quello delle Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano nel Caso *Dansk Rørindustri*, pubblicate in data 8 luglio 2004

L'Avvocato generale, invero, conferma che la disposizione di cui all'articolo 241 citato contempla ovviamente la possibilità di fare valere, in via incidentale, l'illegittimità di un atto unicamente nel caso «di una controversia che metta in causa un *regolamento* adottato congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio o un regolamento del Consiglio, della Commissione o della BCE».

Ma aggiunge, però, la considerazione che a partire dalla sentenza *Simmenthal*⁴⁶⁸, la Corte ha ampliato l'ambito di applicazione dell'*eccezione* a tutti «gli atti delle istituzioni che, pur non avendo la forma di regolamento, producono tuttavia effetti analoghi», vale a dire atti di carattere generale, che proprio per questo motivo, non possono essere direttamente impugnati dai singoli in base all'art. 230 CE.

Orbene, a seguito di tale valutazione, l'Avvocato Tizzano, d'altra parte, chiarisce che affinché possa rendersi operativa la disposizione di cui all'articolo 241 debba esistere un collegamento

⁴⁶⁸ Sentenza del 6 marzo 1979, causa 92/78, *Simmenthal/Commissione*, Rac. pag. 777, punto 40.

stretto tra l'atto impugnato e quello di cui si fa valere incidentalmente l'illegittimità. Quest'ultimo, infatti, deve «essere (...) applicabile, direttamente o indirettamente, alla fattispecie controversa»⁴⁶⁹ e deve sussistere «un nesso giuridico diretto» tra la decisione individuale impugnata e l'atto generale⁴⁷⁰.

Ecco esplicitate con grande lucidità e precisione le condizioni necessarie per l'applicazione dell'istituto dell'*eccezione di illegittimità*.

D'altra parte, la reale portata teorica delle Conclusioni in esame deriva dalle successive considerazioni svolte.

Ed invero, a tal riguardo riteniamo opportuno riprendere per intero – ancora una volta – la riflessioni svolte dall'Avvocato Tizzano, laddove ha affermato che :

“Ora, a mio parere, gli Orientamenti soddisfano tali requisiti.

59. *E' infatti innegabile che gli Orientamenti hanno portata generale, visto che si applicano a situazioni oggettivamente determinate e comportano effetti giuridici nei confronti di categorie di persone considerate in modo generale e astratto. D'altra parte, benché formalmente privi di forza vincolante, essi stabiliscono principi e regole che la Commissione si è impegnata a seguire ai fini del calcolo delle ammende in applicazione dell'art. 15, n. 2, del Regolamento 17. Orbene, la giurisprudenza della Corte ha avuto modo di chiarire che in questi casi la Commissione non può discostarsi a proprio piacimento dalle regole che essa stessa si è imposta. Norme di questo tipo, miranti a precisare i criteri che un'istituzione intende applicare nell'esercizio del proprio potere discrezionale, possono quindi produrre effetti giuridici.*

60. *Né potrebbe opporsi che gli Orientamenti avrebbero un valore meramente interno e, pertanto, non avrebbero vocazione a produrre effetti giuridici verso l'esterno.*

61. *Risulta infatti dagli stessi Orientamenti che la Commissione ha l'obbligo di seguire determinati passaggi nel procedimento di calcolo delle ammende e, in particolare, di riconoscere alle imprese determinate circostanze attenuanti e aggravanti; a tale obbligo non può non*

⁴⁶⁹ Sentenza del 13 luglio 1966, causa 32/65, *Italia/Consiglio e Commissione*, Rac. pag. 295.

⁴⁷⁰ Sentenze del 31 marzo 1965, causa 21/64, *Macchiorlati Dalmas e Figli/Alta Autorità*, Rac. pag. 221, in particolare 238, e del 10 giugno 1986, cause riunite 81/85 e 119/85, *Usinor/Commissione*, Rac. pag. 1777, punto 13.

corrispondere il diritto delle imprese interessate a che la Commissione si comporti effettivamente e concretamente in modo conforme agli Orientamenti.

62. *Tale conclusione si iscrive pienamente nella linea della giurisprudenza comunitaria, la quale ha riconosciuto che solo gli atti aventi valore meramente interno ad un'istituzione sono inidonei a produrre effetti giuridici esterni. Tale non è però il caso di atti della Commissione, quali i «codici di condotta» o le «istruzioni interne», nei quali per l'appunto ad obbligazioni dei servizi e degli agenti della Commissione corrispondono diritti degli Stati membri ovvero degli operatori economici.*

63. *Ciò posto, va ancora notato che è del tutto pacifico, come giustamente rilevato dal Tribunale, che la Commissione ha determinato l'importo delle ammende seguendo fedelmente il metodo di calcolo stabilito negli Orientamenti. Ne risulta che, benché questi non costituiscano formalmente la base giuridica delle decisioni impugnate (lo sono invece gli artt. 3 e 15 del Regolamento 17), sussiste un nesso diretto tra queste ultime e l'atto generale oggetto della contestazione incidentale”.*

9.2.5. Questo indirizzo è, del resto, ampiamente confermato in una recentissima Sentenza del Tribunale *Hans Heubach c/. Commission*⁴⁷¹, del 29 novembre 2005, avente ad oggetto una domanda di annullamento parziale della *decisione* della Commissione 11 dicembre 2001, 2003/437/CE, relativa a un procedimento a norma dell'articolo 81 del Trattato CE e dell'articolo 53 dell'Accordo SEE (Caso COMP/E-1/37.027 – Fosfato di zinco), ovvero, in subordine, una domanda di riduzione dell'ammenda inflitta alla ricorrente.

Il Tribunale, in via assolutamente preliminare ha constatato che ai fini del calcolo dell'importo delle ammende, la Commissione ha utilizzato il metodo esposto negli *Orientamenti* per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2, del regolamento n. 17 e dell'articolo 65, paragrafo 5, del Trattato CECA (GU 1998, C 9, pag. 3; in prosieguo: gli «orientamenti») e la *comunicazione sulla cooperazione*.

⁴⁷¹ Sentenza del Tribunale *Hans Heubach c/. Commission*, del 29 novembre 2005, Causa T-64/02.

Ciò che occorre constatare, allora, era l'incidenza giuridica che tali strumenti di *soft law* avevano avuto sull'inflizione dell'ammenda contestata e se eventualmente i criteri previsti mediante regole *soft* non fossero contrari alla legislazione *hard* in vigore.

Il Tribunale ha, allora, constatato, in via preliminare, che gli *orientamenti*, “*pur non costituendo il fondamento giuridico della decisione impugnata, in quanto quest'ultima si basava sul regolamento n. 17, determinavano comunque, in modo generale ed astratto, il metodo che la Commissione si era imposta per la fissazione dell'importo delle ammende.*”

Tenuto conto degli effetti giuridici che possono essere prodotti da regole di condotta quali gli orientamenti, e posto che questi ultimi recano disposizioni di portata generale, delle quali è pacifico che la Commissione ha fatto applicazione nella decisione impugnata, è giocoforza constatare come esista un nesso diretto tra tale decisione e gli orientamenti stessi. Ne consegue che l'eccezione di illegittimità è ricevibile”.

È del tutto evidente, allora, che attualmente gli atti di *soft law* dotati di *incidental legally binding force* possono essere oggetto di valutazione giurisdizionale in merito alla loro legittimità sulla base dell'articolo 230 o dell'articolo 241 del Trattato CE.

È questa la grande differenza che intercorre tra questi strumenti e gli altri atti di *soft law* che non rispondono né ai requisiti individuati dalla giurisprudenza al fine di considerarli in grado di produrre gli effetti normativi indiretti, né alle condizioni procedurali applicative dell'articolo 241 CE.

Gli operatori economici privati, invero, possono contestare la legittimità giuridica solo di quegli strumenti di *soft law* che rispondono al *test* individuato dalla Corte per l'attribuzione di *incidental legally binding force* e che rispondono altresì ai requisiti elaborati al fine di dare concreta attuazione all'articolo 241 CE.

9.3. Tale riflessione, però, non deve condurre in errore.

Ed invero, ciò che premeva chiarire, in via preliminare, è che tale opportunità riconosciuta ai cittadini nei confronti di taluni atti di *diritto morbido* non priva gli stessi di quelli che sono comunque gli effetti giuridici pratici propri di tutti gli altri strumenti di *soft law*.

In altri termini, l'attribuzione di *forza normativa indiretta* non esaurisce assolutamente quella che è la *forza giuridica pratica* intrinseca del complesso degli atti di *soft law comunitari post legem*.

Alcuni strumenti, dunque, sommano in sé entrambe le tipologie di *effetti legali*, quelli *normativi indiretti*, e quelli *giuridici pratici*, ma questo implica che in ogni caso i *soft acts* appartenenti alla categoria del *true soft law* godono di pieni ed incontestabili effetti giuridici concreti.

Ecco perché, allora, l'analisi che svolgeremo relativa alla forza giuridica propria degli atti di *true soft law* consentirà di fornire una rappresentazione omnicomprensiva della *portata legale* di tutti gli strumenti di *soft law*, tanto di quelli dotati di *incidental legally binding force*, quanto di quelli considerati *true soft acts*.

La giurisprudenza comunitaria è ricorsa, al fine di attribuire una effettiva *efficacia giuridica pratica* al *soft law post legem*, all'utilizzo dei c.d. principi generali di diritto propri dell'ordinamento comunitario.

È noto, invero, che tali principi generali fanno parte « *des règles relatives à l'application du traité* »⁴⁷², e pertanto la Corte ne ha fatto un utilizzo intelligente che le consentisse di colmare le lacune dell'ordinamento.

Anche nel caso del *soft law*, del resto, ci si trova in presenza di una lacuna ormai insopportabile dell'ordinamento comunitario.

È in tale prospettiva che la Corte ha fatto ricorso ai principi generali del diritto, i soli a consentire di valutare la legittimità dell'operato amministrativo della Commissione alla luce della

⁴⁷² Si veda, in tal senso, il Rapporto della delegazione francese relativa al Trattato CECA, Parigi, 1951, pag. 35; ad altresì si legga G. Mathijsen, *Le droit de la Communauté européenne du charbon et de l'acier; une étude de sources*, La Haye, 1958, pag. 108 e sgg.

regolamentazione *soft* vigente, che ne costituisce, dunque, un effettivo vincolo ed un ulteriore parametro di legittimità, ponendosi quasi come una sorta di *tertium comparationis*.

Gli effetti giuridici pratici più importanti prodotti dagli strumenti di *soft law post legem* concernono dunque, senza dubbio alcuno, l'attività di natura esecutiva della Commissione, della quale limitano e circoscrivono l'ampia discrezionalità garantita dalle norme del Trattato.

9.4. I Giudici hanno fatto ricorso, innanzitutto, al principio di *protezione dell'affidamento legittimo*⁴⁷³ ed al *principio generale di eguaglianza*⁴⁷⁴, inteso come esigenza che situazioni simili non siano trattate in maniera differente tra loro, a meno che una tale differenziazione non sia oggettivamente giustificata.

9.4.1. Estremamente significativa, al riguardo, è la Sentenza *Louwage c/. Commission*, del 30 gennaio 1974,⁴⁷⁵ con la quale la Corte ha deciso un ricorso proposto da alcuni funzionari della Commissione per l'annullamento delle decisioni di cui alla *nota* 25 ottobre 1972 del capo della divisione "diritti individuali – privilegi", con cui si escludeva nei loro confronti la possibilità di fruire di talune disposizioni dello statuto dei dipendenti, in materia di rimborsi spese e retribuzioni.

L'aspetto interessante della pronuncia deriva dal fatto che gli attori invocavano, a sostegno delle proprie tesi, anche una *direttiva interna* della Commissione adottata il 17 marzo 1971, la quale aveva introdotto delle regole di completamento dell'allegato VII dello statuto dei funzionari che contrastavano con il contenuto della nota contestata dai ricorrenti.

Orbene, la Corte, a fronte di una tale contraddizione, ha affermato con estrema sintesi e chiarezza che "*se è vero che una direttiva interna non può considerarsi come norma giuridica, vincolante per l'amministrazione, essa tuttavia prescrive una prassi dalla quale l'amministrazione può scostarsi solo dichiarandone i motivi, se non vuole violare il principio della parità di*

⁴⁷³ La giurisprudenza relativa alla vigenza di tale principio nell'ordinamento comunitario è vasta. Si veda ad esempio la Sentenza *Deuka*, del 18 marzo e 25 giugno 1975, Cause 78/74 e 5/75, Rac. pag. 421 e sgg. e 759 e sgg.; Sentenza *CNTA*, del 14 maggio 1975, Causa 74/74, Rac. pag. 533 e sgg.; Sentenza *Topfer*, del 3 maggio 1978, Causa 112/77, Rac. pag. 1019.

⁴⁷⁴ Su questo principio, si analizzi la Sentenza *Ruckdeschel*, del 19 ottobre 1977, Cause riunite 117/76 e 16/77, Rac. pag. 1753 e sgg.; Sentenza *Moulins et huileries de Pont-à-Mousson*, Cause riunite 124/76 e 20/77, Rac. pag. 1795 e sgg.

⁴⁷⁵ Sentenza *Louwage c/. Commission*, del 30 gennaio 1974, Causa 148/73, Rac. pag. 81 e sgg.

trattamento".

Tale principio consente, dunque, di attribuire un'efficacia giuridica pratica vincolante ad un atto formalmente non normativo, ma che tuttavia limita la futura azione discrezionale della istituzione emanante.

9.4.2. Sulla stessa linea è orientata la Sentenza della Corte *Sukier Unie c/. Commission*⁴⁷⁶, del 16 dicembre 1975, che ha giudicato su dei ricorsi in esame mossi contro la *decisione* della commissione del 2 gennaio 1973, che formula nove addebiti, relativi alle stagioni saccarifere dal 1968/69 al 1971/72, mossi nei confronti delle ricorrenti.

In relazione all'ammontare dell'ammenda, le ricorrenti sostenevano che la violazione dell'articolo 85 non potesse giustificare l'irrogazione di una sanzione, in quanto sarebbero state indotte in errore dalla *comunicazione* della Commissione del 1962, la quale faceva pensare che i contratti di rappresentanza commerciale fossero in ogni caso compatibili col suddetto articolo.

La Corte, sul tema, ha risposto che, sebbene le ricorrenti dovessero essersi rese conto del fatto che l'organizzazione di una rete di vendita mediante la stipulazione di contratti di rappresentanza con imprese commerciali che, in realtà, non erano affatto dei semplici organi ausiliari, era atta a limitare la concorrenza, tuttavia, "*non si può escludere che il testo della suddetta comunicazione abbia potuto far ritenere che una prassi del genere fosse ciò nonostante ammessa, in quanto compatibile col trattato...non si dovrà quindi tener conto della presente infrazione ai fini della liquidazione dell'ammenda*".

Insomma, nel caso di specie, una *comunicazione* della Commissione era in grado, a detta dei Giudici di Lussemburgo, di giustificare il sorgere di un legittimo affidamento in capo agli operatori privati, che imponeva alla stessa Commissione di conformare la propria attività amministrativa futura alle prescrizioni derivanti dall'atto di *soft law* precedentemente adottato.

9.4.3. Nella medesima direzione è orientata altresì la successiva Sentenza *Giuffrida c./*

⁴⁷⁶ Sentenza della Corte *Sukier Unie c/. Commission*, del 16 dicembre 1975, Cause riunite 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, Rac. pag. 1663 e sgg.

Conseil, del 29 settembre 1976⁴⁷⁷, avente ad oggetto la richiesta d'annullamento della decisione con cui il Consiglio ha nominato il nuovo amministratore principale presso la direzione generale "politica regionale". A sostegno della sua domanda il ricorrente ha dedotto che la decisione impugnata fosse stata adottata in esito ad un concorso interno bandito unicamente allo scopo di nominare al posto vacante il candidato effettivamente prescelto e che detta decisione era quindi, non solo in contrasto con lo statuto, ma implicava altresì uno sviamento di potere.

A sostegno del proprio ricorso, l'attore, del resto, contestava anche il mancato rispetto di una *nota* del 21 marzo 1973 con la quale il segretario generale del Consiglio aveva impartito direttive alla direzione dell'amministrazione in fatto di concorsi interni. In detta nota si era stabilito che al fine di garantire *la parità di trattamento* di tutti i dipendenti, i concorsi interni dovessero svolgersi per titoli ed esami, in maniera tale da dare le stesse garanzie di selezione dei concorsi generali.

La Corte, sul punto, ha fornito una risposta ed una soluzione alquanto innovativa, laddove ha affermato che *"anche volendo ammettere che detta nota non avesse a quell'epoca carattere decisivo, resta il fatto che, nell'interesse di una sana amministrazione l'autorità che ha il potere di nomina avrebbe dovuto desumerne l'obbligo morale di uniformarsi, ... e, di conseguenza, bandire un concorso non solo per titoli, ma anche per esami. Per queste ragioni, si deve concludere che l'impugnata decisione di nomina implica uno sviamento di potere e va quindi annullata.*

Tale pronuncia presenta una carattere assolutamente unico e rivoluzionario.

I Giudici hanno effettivamente parlato di sviamento di potere al fine di statuire l'illegittimità di un provvedimento che si discostasse da una normativa generale interna introdotta dalla stessa istituzione comunitaria resistente al fine di disciplinare le modalità di esercizio della propria attività amministrativa.

In altri termini, un atto che violi delle proprie *autonome* regole procedurali interne, pur non formalmente vincolanti, risulta inevitabilmente viziato per sviamento di potere in quanto lesivo del più generale principio della parità di trattamento e dell'interesse ad una sana amministrazione.

⁴⁷⁷ Sentenza *Giuffrida c./ Conseil*, del 29 settembre 1976, Causa 105/75, Rac. pag. 1395 e sgg.

Tali principi generali, nella Sentenza appena analizzata, dunque, non sono considerati di per sé stessi in grado di determinare un vizio autonomo dell'atto amministrativo comunitario contestato, ma rappresentano, secondo tale prospettiva interpretativa, un sorta di *figure sintomatiche* dello *sviamento di potere comunitario*.

Siamo, senza dubbio, in presenza di una felice intuizione, ma tuttavia, tale indirizzo così estremo e forte non ha avuto un gran successo nella successiva elaborazione giurisprudenziale.

9.4.4. Ed invero, già a partire dalla Sentenza *Thyssen c/. Commission* , del 16 novembre 1983, la Corte è rientrata su posizioni più tradizionali.

In tale Causa i Giudici hanno statuito su un ricorso promosso della ricorrente avverso la *decisione* con cui la Commissione le aveva inflitto un'ammenda di 288 825 ECU, a causa del fatto che, durante il primo trimestre del 1981, la Thyssen avesse superato di 3 851 tonnellate la quota di produzione che le era stata attribuita per i prodotti del gruppo I nell'ambito del regime di quote di produzione per l'acciaio istituito dalla *decisione* della Commissione 31 ottobre 1980, n. 2794/80/CECA.

La ricorrente, pur non contestando il superamento avvenuto nel primo trimestre 1981, sosteneva tuttavia, tra gli altri motivi, che la Commissione, avendo instaurato una prassi amministrativa consistente nell'autorizzare al riporto delle imprese che si trovavano nella stessa situazione della ricorrente, non poteva reprimere il superamento da questa effettuato senza perdere di vista il principio secondo il quale l'amministrazione è vincolata dai propri atti ("*autolimitazione dell'amministrazione*").

La Corte, pur dichiarando ricevibile il mezzo di gravame sollevato dalla ricorrente, chiariva tuttavia che la Commissione aveva dimostrato che le imprese cui essa aveva concesso un riporto, a differenza della Thyssen, non avevano ancora esaurito la loro quota e si trovavano quindi nella situazione in cui si poteva fruire del riporto. Si trattava, dunque, di situazioni non equiparabili, ragion per cui *nessun principio di diritto comunitario* poteva essere invocato per esigere che fossero trattate nello stesso modo.

Orbene, tale pronuncia, pur non avendo riconosciuto l'illegittimità dell'operato della Commissione, ribadisce un linea interpretativa che manterrà poi costante, e cioè che un atto di natura esecutivo adottato da una istituzione comunitaria deve rispettare le regole e procedure preventivamente emanate a indirizzo e guida dell'azione amministrativa, pena la violazione del più generale principio della *parità di trattamento*, quale elemento in grado di determinare, in maniera autonoma, l'illegittimità del provvedimento contestato⁴⁷⁸.

⁴⁷⁸ Certo, a tal proposito, bisogna sottolineare la circostanza per la quale la Corte ha più volte limitato l'influenza del principio della parità di trattamento sulla libertà d'azione discrezionale della Commissione, che deve certamente rispettare le linee di condotta interne eventualmente anche di natura *soft* autoimpostesi ed invia indiretta la parità di trattamento tra i vari operatori economici privati, ma che tuttavia non può essere ridotta a mera attività di ragioneria. L'operato della Commissione deve in ogni caso essere ritenuto un mezzo privilegiato di attuazione delle politiche comunitarie di concorrenza, onde un minimo di libertà "politica" nell'esercizio dell'azione amministrativa deve essere garantito, con il limite ovviamente della manifesta erroneità dei presupposti o del travisamento oggettivo dei fatti. A tal riguardo si veda la Sentenza *AUIFASS c/. Commission*, Causa T-380/94, nella quale si è chiarito che "il sindacato giurisdizionale su una decisione adottata in detto ambito deve limitarsi alla verifica dell'osservanza delle norme relative alla procedura e alla motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti considerati nell'operare la scelta contestata, dell'insussistenza di errore manifesto di valutazione di tali fatti o dell'insussistenza di sviamento di potere (sentenza della Corte 29 febbraio 1996, causa C-56/93, Belgio/Commissione, Racc. pag. I-723, punto 11, e giurisprudenza ivi citata). In particolare non spetta al Tribunale sostituire la sua valutazione economica a quella dell'autore della decisione (sentenza *Matra/Commissione*, citata supra al punto 27, punto 23)". Lo stesso indirizzo è confermato, del resto, nella Sentenza *Vlaamse c/. Commission*, del 30 aprile 1998, Causa T-214/95, Rac. pag. II-717 e sgg., laddove si è affermato che "nell'ambito dell'ampio potere discrezionale di cui essa dispone nell'applicazione dell'art. 92, n. 3, lett. c), del Trattato, la convenuta è legittimata ad adottare i criteri che ritiene più opportuni per accertare se un aiuto possa essere dichiarato compatibile con il mercato comune, sempreché questi criteri siano pertinenti relativamente agli artt. 3, lett. g), e 92 del Trattato. A tal riguardo, essa può precisare i criteri che intende applicare in **orientamenti** conformi al Trattato. L'adozione da parte della Commissione di tali **orientamenti** deriva dall'esercizio del suo potere discrezionale e comporta solo un'autolimitazione di questo potere nell'esame degli aiuti considerati da questi orientamenti, nel rispetto del principio della parità di trattamento. Non si può ritenere che la Commissione, nell'esaminare un aiuto individuale alla luce di tali orientamenti, che essa ha previamente adottato, superi i limiti del suo potere discrezionale o vi rinunci. Infatti, essa conserva il potere di abrogare o di modificare questi orientamenti se le circostanze lo impongano".

In merito, poi, alla necessità di garantire un minimo necessario di discrezionalità all'operato della Commissione, si analizzino la Sentenza *France c./ Commission*, del 14 febbraio 1990, Causa 301/87, Rac. pag. I-307 e sgg.; Sentenza *Italie c/. Commission*, del 21 marzo 1991, Causa C-303/88, Rac. I-1433 e sgg.; Sentenza *ICI c/. Commission*, del 10 marzo 1992, Causa T-13/89, Rac. pag. II-1021 e sgg., laddove il Tribunale, sulla richiesta della ricorrente che sosteneva che la Commissione avesse violato il principio della parità di trattamento sotto due aspetti: da un lato, infliggendo alla ricorrente un'ammenda sproporzionata in relazione alle ammende inflitte precedentemente e, dall'altro, infliggendole un'ammenda eccessiva in relazione a quelle inflitte alle altre imprese destinatarie della decisione, ha affermato che "dalla giurisprudenza della Corte risulta che il potere della Commissione di infliggere ammende alle imprese che, intenzionalmente o per negligenza, trasgrediscono l'art. 85, n. 1, del Trattato CEE, costituisce uno dei mezzi di cui dispone la Commissione per poter svolgere il compito di sorveglianza, assegnatole dal diritto comunitario. Questo compito comprende, certo, quello di indagare e reprimere le singole infrazioni, ma implica pure il dovere di seguire una politica generale mirante ad applicare, in materia di concorrenza, i principi fissati dal Trattato CEE e ad orientare in questo senso il comportamento delle imprese. Pertanto la Corte ha statuito che, per valutare la gravità di un'infrazione onde determinare l'entità dell'ammenda, la Commissione deve tener conto non solo delle circostanze particolari della fattispecie ma anche del contesto in cui si colloca l'infrazione e deve curare che la sua azione abbia carattere dissuasivo, soprattutto per i tipi di trasgressione particolarmente nocivi per il conseguimento degli scopi della Comunità...La Corte ne ha concluso che il fatto che la Commissione abbia inflitto, in passato, ammende di una certa entità per determinati tipi di infrazione non può impedirle di aumentare tale entità entro i limiti stabiliti dal regolamento n. 17, se ciò è necessario per garantire l'attuazione della politica comunitaria della concorrenza (sentenza 7 giugno 1983, cause riunite da 100/80 a 103/80, già citata, punti da 105 a 109 della motivazione). 386 Alla

9.4.5. Di grande interesse, in tale prospettiva, appare allora la Sentenza *Blomefield c/. Commission*⁴⁷⁹, del 1 dicembre 1983, su ricorso avente ad oggetto la domanda d’annullamento della decisione con cui la Commissione si è rifiutata d’inquadrare il ricorrente ad uno scatto superiore del suo grado.

La Corte ha considerato che per dirimere la lite occorresse anzitutto determinare la natura ed il valore giuridico della *decisione* 6 giugno 1973 e della *circolare* del marzo del 1981, rispetto allo statuto in vigore.

La circolare conteneva, oltre alla *decisione* propriamente detta ed alla *tabella* di cui si parla all’articolo 5, un *allegato*, “applicazione pratica ed osservazioni generali”. Si trattava di un documento descrittivo il quale riassume la prassi seguita nell’applicazione della decisione da parte del “comitato per l’inquadramento”.

Orbene, a seguito di tali approfondimenti la Corte ne ha desunto che la decisione in esame, anche se non poteva essere considerata una disposizione generale d’attuazione ai sensi dell’articolo 110 dello statuto, costituiva nondimeno una *direttiva interna*, la quale – conformemente alla consolidata giurisprudenza comunitaria – andava considerata come “una norma di comportamento indicativa che l’amministrazione si autoimpone e dalla quale essa non può discostarsi senza indicarne i motiv, a pena di trasgredire il **principio della parità di trattamento**”⁴⁸⁰.

luce di queste considerazioni, il Tribunale osserva che giustamente la Commissione ha qualificato infrazione particolarmente grave e manifesta la fissazione di obiettivi in materia di prezzi e di quantitativi di vendite e l’adozione di misure destinate ad agevolare l’attuazione dei prezzi-obiettivo, miranti a falsare il normale andamento dei prezzi sul mercato del polipropilene”. Simile ragionamento è stato svolto dalla Corte nella Sentenza *Deuffill c/. Commission*, del 24 febbraio 1987, Causa 310/85, Rac. pag. 901 e sgg., laddove la ricorrente ha fatto valere che l’ingiunzione della Commissione nei confronti della repubblica federale di Germania di ordinare la restituzione dell’aiuto è incompatibile con il principio di tutela del legittimo affidamento. In sostanza, tale mezzo solleva il problema di stabilire se la mancata inclusione dei fili polipropilenici nel codice degli aiuti potesse valere eventualmente a far sorgere, nelle imprese che avevano proceduto ad una riconversione verso tale produzione, un legittimo affidamento che potesse venire opposto all’ingiunzione da parte della Commissione alle autorità nazionali di ordinare la restituzione di un aiuto concesso a tal fine. Orbene, la Corte, dopo aver chiarito che il **codice degli aiuti** era costituito da regole indicative le quali definivano le linee di condotta che la Commissione intendeva seguire e che essa chiedeva agli stati membri di rispettare nell’ambito degli aiuti nel settore delle fibre e dei fili sintetici e che non poteva derogare agli articoli 92 e 93 del trattato, ha affermato “che la mancata inclusione dei fili polipropilenici nel **codice degli aiuti** non ha potuto far sorgere nella ricorrente un legittimo affidamento tale da impedire alla commissione di ingiungere alle autorità tedesche, nella decisione in cui essa constata l’incompatibilità dell’aiuto con il mercato comune, di ordinarne la restituzione”.

⁴⁷⁹ Sentenza *Blomefield c/. Commission*, del 1 dicembre 1983, Causa 190/82, Rac. pag. 3981e sgg.

⁴⁸⁰ Tale identico principio è stato pedissequamente confermato, del resto, in numerose successive controversie, tra le quali Sentenza *Del Plato c/. Commission*, del 10 dicembre 1987, Cause riunite 181, 184/86, Rac. pag. 4991 e sgg., laddove si è statuito che “nell’ambito del rimedio giuridico istituito dall’art. 91 dello statuto, il dipendente, nell’impugnare la decisione individuale che lo riguarda, può eccepire l’illegittimità di un atto di carattere generale di cui

9.4.6. Profondamente indicative, del resto, appaiono altresì le Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, depositate il 13 luglio 2000⁴⁸¹, le quali esprimono le proprie valutazioni sul ricorso promosso dall'Austria al fine di annullare la decisione SG(98)D/1124 della Commissione relativa all'apertura di una procedura formale di esame ai sensi dell'articolo 93, paragrafo 2, Trattato CE relativamente all'aiuto di Stato C 84/97 (ex N 509/96) concesso in favore della Siemens Bauelemente OHG (per la modifica di un sito di produzione di semi-conduttori).

Nell'analisi della normativa applicabile al caso di specie l'Avvocato Generale rinviene altresì un *documento* pubblicato dalla Commissione nel 1995, intitolato « *Guide pour les procédures en matière d'aides d'Etat* », del quale ritiene opportuno chiarire l'efficacia giuridica.

Così, dopo aver rilevato che tale *guida* non era stata mai pubblicata neppure nella Serie C della Gazzetta Ufficiale, né tantomeno era mai stata notificata ad alcuna impresa interessata, afferma che « *le guide en tant que tel n'a pas pour objet de - et, en tout état de cause, ne saurait - créer directement des droits ou obligations. Son objectif déclaré est de dresser un tableau de la situation actuelle du droit. L'«interprétation» du droit à laquelle se livre la Commission y est expressément subordonnée à celle qu'il appartient en dernier lieu à la Cour de donner. Son objectif est donc descriptif et non pas normatif. Quand bien même viserait-il à instituer de nouveaux droits et obligations qu'il ne pourrait valablement le faire. Le traité ne donne pas pouvoir à la Commission d'adopter des règles légalement contraignantes en ce qui concerne la procédure des aides d'État. Les États membres et d'autres parties intéressées peuvent toutefois invoquer les principes d'égalité de traitement et de protection de la confiance légitime. L'un des objectifs du guide est d'exposer l'état actuel de la pratique de la Commission. Il a été publié en vue d'accroître la transparence et de «codifier» l'état actuel du droit. Même si le guide n'a pas le caractère d'un*

detta decisione ha costituito l'attuazione ... costituiscono un atto del genere le "modalità procedurali che precedono le decisioni di cambiamento di categoria dal B all'A, per i dipendenti e agenti temporanei dei ruoli scientifico e tecnico". Infatti, queste modalità procedurali, anche se non possono essere considerate norme giuridiche alla cui osservanza l'amministrazione sia assolutamente tenuta, pongono tuttavia una norma di comportamento indicativa della prassi da seguire, dalla quale l'amministrazione non può discostarsi, in un caso particolare, senza indicare ragioni che siano compatibili col **principio della parità di trattamento**".

⁴⁸¹ Conclusioni del 13 luglio 2000, Austria c/. Commissione, Causa C-99/98, Rac. pag. I-1101 e sgg.

corps de règles juridiques à l'observation desquelles la Commission serait toujours tenue, il énonce toutefois des règles de conduite indicatives de la pratique à suivre. C'est pourquoi, comme pour toute autre directive interne, la Commission ne peut s'écarter des règles présentées dans le guide sans en donner les raisons, sous peine d'enfreindre les principes de l'égalité de traitement. C'est également ce que commande le principe de la confiance légitime. Il est bien établi que la Commission ne peut s'écarter, sans avertissement approprié, d'une pratique administrative constante. Le guide constitue une preuve décisive de l'existence d'une telle pratique constante ».

Orbene, è di assoluta evidenza che tali Conclusioni rappresentano la sintesi perfetta di quello che è l'attuale orientamento della giurisprudenza comunitaria in materia di effetti giuridici pratici degli atti di *soft law* strutturalmente *post legem* e funzionalmente *postlegislativi*.

Tali strumenti di *diritto morbido* forniscono una *manifestazione autoritativa* delle regole procedurali che saranno alla base della futura azione amministrativa discrezionale della Commissione, ragion per cui quest'ultima non può poi discostarsi liberamente e disinvoltamente dalle linee guida che si è autoimposta, a meno di non violare il *legittimo affidamento* ampiamente consolidatosi in capo agli operatori privati ed il principio di *parità di trattamento* che deve sottintendere tutte le attività di natura esecutiva.

È questa l'efficacia giuridica dei c.d. *soft acts*.

Essi accrescono la trasparenza dell'azione amministrativa della Commissione imbrigliandone la illimitata discrezionalità riconosciuta in Trattato, e lo fanno, inoltre, in via definitiva, fino a quando cioè non intervengano eventuali modifiche, che, però in ogni caso, dovranno rispettare tutte situazioni giuridiche già consolidate in capo ai privati.

Siamo in presenza di un vero e proprio complesso regolamentare di tipo *giuridico*, la cui natura *soft* implica la necessità di poter affermare una loro obbligatorietà solo, però, in via indiretta e mediata attraverso l'appiglio ai principi generali del diritto comunitario.

9.4.7. Piena conferma di tali considerazioni è rinvenibile, d'altro canto, anche in una recente Sentenza del Tribunale *LR AF1998 A/S c/. Commission*⁴⁸², del 20 marzo 2002, relativa ad un ricorso avente ad oggetto, in via principale, l'annullamento della *decisione* della Commissione 21 ottobre 1998, 1999/60/CE, relativa ad un procedimento a norma dell'art. 85 del Trattato CE (Caso n. IV/35.691/E-4: intesa tubi preisolati), ed in subordine, la riduzione dell'ammenda inflitta alla ricorrente con tale decisione.

Il Tribunale ha dovuto pronunciarsi, in primo luogo sulla presunta violazione del principio della irretroattività delle norme penali, sancito dall'art. 7 della CEDU. Sul punto, i Giudici hanno ribadito che, benché risultasse dall'articolo 15, n. 4, del regolamento n. 17 che le decisioni della Commissione che infliggono ammende per violazione del diritto della concorrenza non avevano un carattere penale, restava pur sempre il fatto che la Commissione era tenuta a rispettare i principi generali del diritto comunitario, ed in particolare quello d'irretroattività, nei procedimenti amministrativi che potevano portare all'irrogazione di sanzioni in applicazione delle regole di concorrenza del Trattato (v., per analogia, Sentenza della Corte 9 novembre 1983, causa C-322/81, *Michelin/Commissione*, Racc. pag. 3461, punto 7).

“Tale rispetto esige che le sanzioni inflitte ad un'impresa per un'infrazione alle regole di concorrenza corrispondano a quelle che erano stabilite al momento in cui l'infrazione è stata commessa”.

Il problema riguardava la modificazione in corso di procedimento degli *orientamenti* in base ai quali determinare l'ammontare delle ammende da infliggere in caso di riconosciuta colpevolezza delle imprese indagate.

A tale riguardo, il Tribunale ha chiarito che, nonostante fosse pacifico che la Commissione aveva determinato l'ammontare dell'ammenda inflitta alla ricorrente conformemente alla metodologia generale per il calcolo delle ammende enunciato negli *orientamenti*, ciononostante essa era rimasta in ogni caso nell'ambito delle sanzioni definite dall'articolo 15 del regolamento n. 17, il

⁴⁸² Sentenza del Tribunale *LR AF1998 A/S c/. Commission*, del 20 marzo 2002, Causa T-23/99, Rac. pag.II-1705.

quale prevedeva che *«per determinare l'ammontare dell'ammenda, occorre tenere conto oltre che della gravità dell'infrazione, anche della sua durata»*.

Ed infatti – ha sottolineato il Tribunale – gli orientamenti prevedevano, al punto 1, primo capoverso, che, per il calcolo delle ammende, l'importo di base fosse determinato in funzione della gravità e della durata dell'infrazione, e cioè i soli criteri indicati all'articolo 15, n. 2, del regolamento n. 17.

Onde, non si poteva certamente ritenere che gli orientamenti avessero superato il contesto giuridico delle sanzioni come definito da tale disposizione.

Inoltre, hanno continuato i Giudici, contrariamente a quanto sosteneva la ricorrente, il cambiamento che poteva essere provocato dagli orientamenti rispetto alla vigente prassi amministrativa della Commissione non costituiva neppure un'alterazione del contesto giuridico che determina le ammende che potevano essere inflitte, e, dunque non era contrario ai principi di cui all'articolo 7, n. 1, della CEDU.

Ed infatti, se da una parte, la precedente prassi decisionale della Commissione non fungeva di per sé da contesto normativo per le ammende in materia di concorrenza, poiché quest'ultimo era definito, esclusivamente, dal regolamento n. 17, dall'altra, quanto al margine di discrezionalità lasciato alla Commissione dal regolamento n. 17, l'applicazione da parte di quest'ultima di una nuova metodologia di calcolo delle ammende, non poteva essere considerata un aumento, con effetto retroattivo, delle ammende come giuridicamente stabilite all'articolo 15 del regolamento n. 17, contrario ai principi di legittimità e di certezza del diritto.

A tal riguardo, del resto, il Tribunale ha chiarito che – come risulta, inoltre, da una giurisprudenza consolidata – la Commissione disponeva, nell'ambito del regolamento n. 17, di un margine di discrezionalità nella determinazione dell'importo delle ammende al fine di orientare il comportamento delle imprese verso il rispetto delle regole sulla concorrenza⁴⁸³, ragion per cui il fatto che la stessa Commissione avesse inflitto, nel passato, ammende di una determinata entità per

⁴⁸³ Sentenze del Tribunale 6 aprile 1995, causa T-150/89, *Martinelli/Commissione*, Rac. pag. II-1165, punto 59; 11 dicembre 1996, causa T-49/95, *Van Megen Sports/Commissione*, Rac. II-1799, punto 53, nonché Sentenza 21 ottobre 1997, causa T-229/94, *Deutsche Bahn/Commissione*, Rac. pag. II-1689, punto 127.

taluni tipi di infrazioni non poteva privarla della possibilità di elevare questo livello, nei limiti indicati dal regolamento n. 17, se ciò era necessario per assicurare l'attuazione della politica comunitaria della concorrenza⁴⁸⁴.

La pronuncia in esame, del resto, è intervenuta poi anche sulla tematica relativa alla presunta violazione del *principio del legittimo affidamento* contestata dalla ricorrente, la quale sosteneva che l'applicazione di una nuova politica di calcolo delle ammende fosse contraria al principio di tutela del legittimo affidamento, in quanto essa aveva il diritto di *fare affidamento* nella prassi della Commissione in materia di calcolo delle ammende in vigore al momento in cui essa aveva preso contatto con la Commissione.

Ed inoltre, il potere discrezionale della Commissione doveva essere limitato, in tali circostanze, dal fatto che la ricorrente aveva collaborato con la stessa sulla base della metodologia di calcolo delle ammende esposta nella decisione della Commissione 13 luglio 1994, 94/601/CE, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 85 del Trattato CE (IV/C/33. 833 - Cartoncino) e nel progetto di comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi di cartello («progetto di comunicazione sulla cooperazione»), fatti valere in quell'occasione tanto dalla ricorrente quanto dalla Commissione.

Il Tribunale sul punto, però, ha respinto le doglianze della ricorrente, ed ha affermato che, secondo una giurisprudenza consolidata, gli operatori economici non possono fare affidamento sulla conservazione di una situazione in atto che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle istituzioni comunitarie⁴⁸⁵. Onde ne consegue che le imprese coinvolte in un procedimento amministrativo che può concludersi con un'ammenda non possono maturare un *legittimo affidamento* nel fatto che la Commissione non innalzerà il livello delle ammende praticato precedentemente.

⁴⁸⁴ Sentenza *Musique Diffusion française e a./Commissione*, Cause riunite 100 e 103/80, Rac. pag. 1825 e sgg., punto 109; Sentenza del Tribunale 14 maggio 1998, causa T-304/94, *Europa Carton/Commissione*, Racc. pag. II-869, punto 89.

⁴⁸⁵ Sentenza della Corte 15 luglio 1982, causa 245/81, *Edeka*, Rac. pag. 2745, punto 27; Sentenza del 14 febbraio 1990, causa C-350/88, *Delacre e a./Commissione*, Rac. pag. I-395, punto 33.

Il solo fatto che la Commissione avesse concesso, nella sua prassi decisionale precedente, un determinato tasso di riduzione per un determinato comportamento non implicava, dunque, che essa fosse tenuta a concedere la stessa riduzione proporzionale in occasione della valutazione di un comportamento analogo nell'ambito di un procedimento amministrativo successivo.

Tuttavia, nel punto successivo lo stesso Tribunale ha fortemente mitigato gli effetti potenzialmente eccessivamente lesivi di tale affermazione, chiarendo che comunque, *“la Commissione non poteva più applicare, nel caso di specie, la politica applicata al momento dell'adozione della decisione Cartoncino in quanto, da allora, essa ha adottato la comunicazione sulla cooperazione, pubblicata il 18 luglio 1996.*

*Quindi a partire da quella data, la Commissione ha fatto effettivamente sorgere in capo alle imprese un **legittimo affidamento** nell'applicazione dei **criteri esposti in tale comunicazione** alla cui attuazione, d'ora in poi, è **tenuta**”.*

Ecco allora chiarito l'attuale atteggiamento della giurisprudenza comunitaria.

La base giuridica dell'applicazione ed inflizione delle ammende è rappresentata dalla norma di *hard law*. La regola di *soft law*, infatti, non può certamente rappresentare il fondamento normativo di una sanzione attribuita ad una impresa che abbia violato il diritto della concorrenza comunitario. Questo comporta che la Commissione possa certamente modificare le modalità di attuazione delle regole vincolanti in materia stabilite in disposizioni di natura *soft*.

Ma tale libertà incontra, tuttavia, un limite insormontabile.

La facoltà di mutare i propri indirizzi autoritativamente esternati e *comunicati* all'esterno si infrange contro l'eventuale insorgenza di un *legittimo affidamento*⁴⁸⁶ che si consolida in capo agli operatori economici privati in relazione proprio ai futuri orientamenti comportamentali dell'Amministrazione.

⁴⁸⁶ Su tale principio, di recente, la Corte è intervenuta nuovamente nella Sentenza *Royaume de Belgique c/. Commission*, del 22 giugno 2006, Cause riunite C-182/03, C-217/03, punti 141 e sgg.

9.5. La giurisprudenza comunitaria, d'altro canto, non si è limitata a ricorrere al solo principio dell'*affidamento legittimo* o della *parità di trattamento*.

Numerose, infatti, sono le pronunce nelle quali si fa riferimento altresì al più generale principio di *buona amministrazione* e del "*patere legem quam ipse fecisti*", definito dal Mortelmans quale principio in virtù del quale "*the government is not allowed to deviate by way of an individual decision from a general rule which is enacted itself*"⁴⁸⁷.

9.5.1. Una prima lieve apertura, in tale prospettiva, è rinvenibile nella Sentenza *Geeraerd c/. Commission*⁴⁸⁸, del 4 dicembre 1980, su ricorso proposto da un dipendente della Commissione contro delle decisioni di promozione per l'esercizio 1978, nonché contro la decisione negativa opposta al suo reclamo contro i suddetti provvedimenti.

A sostegno del ricorso, il ricorrente deduceva due mezzi. Il secondo, proposto in via subordinata, era basato in sostanza sull'inosservanza, da parte dell'autorità avente il potere di nomina, delle formalità stabilite nella *decisione* della Commissione 21 dicembre 1970, recante disposizioni generali d'esecuzione relative alla procedura di promozione all'interno di una carriera.

La Corte, sul punto, ha statuito che la *decisione* di cui il ricorrente faceva valere l'inosservanza, non costituiva una disposizione d'attuazione prevista dallo statuto, bensì un *provvedimento d'ordine interno*, volontariamente adottato dalla Commissione, al quale non si poteva quindi riconoscere carattere strettamente normativo. Pertanto – continuava la Corte – in nessun caso, "*il fatto che la Commissione si sia discostata dal procedimento previsto da tale decisione, per tener conto della situazione del tutto eccezionale che si era presentata in seguito alla ristrutturazione delle carriere del quadro linguistico, non può essere qualificato come "violazione di forme sostanziali" ai sensi dell'art. 173 del trattato*".

⁴⁸⁷ K. Mortelmans, *De rechtsbecherming bij pseudowetgeving in het Europees economisch recht*, SEW, vol 27, 1979, n. 1, pag.24-25.

⁴⁸⁸ Sentenza *Geeraerd c/. Commission*, del 4 dicembre 1980, Causa 782/79, Rac. pag. 3651 e sgg.

I Giudici, insomma, cominciavano ad affrontare il problema del mancato rispetto di atti *autoregolativi*, anche se però in termini – a nostro avviso – erronei, in quanto si paventava l'idea, del resto non applicata nel caso di specie, di un fantomatica potenziale violazione di forme sostanziali.

9.5.2. Certamente più avanzata è l'interpretazione fornita nella successiva Sentenza *Ragusa c/. Commissione*⁴⁸⁹, del 21 aprile 1983, relativa alla richiesta di annullamento della *decisione* di nomina del responsabile di un particolare progetto.

A sostegno del ricorso il ricorrente adduceva vari mezzi che riguardavano, da un lato, la regolarità della scelta effettuata dall'autorità che aveva il potere di nomina e, dall'altro, la procedura seguita prima della nomina contestata.

Il ricorrente sosteneva, dunque, che la procedura di promozione non avesse rispettato lo schema all'uopo previsto dalla *nota* del direttore generale il 23 ottobre 1979.

Secondo la Commissione, del resto, una procedura del genere, non prevista dallo statuto, non aveva alcun valore giuridico e la sua inosservanza non poteva quindi definirsi una violazione di forme sostanziali.

La Corte, però, non ha condiviso questo avviso, ed ha osservato, invece, che “*dal momento in cui l'autorità che ha il potere di nomina introduce volontariamente con provvedimento interno, una procedura consultiva vincolante, non prevista dallo statuto, essa è tenuta all'osservanza di tale procedura e la procedura stessa non può essere considerata priva di qualsiasi valore giuridico*”.

Per la prima volta, dunque, si considerava necessario e giuridicamente obbligatorio il rispetto delle regole di *soft law* che un'istituzione comunitaria si fosse autoimposta al fine di limitare e circoscrivere la sua futura azione discrezionale.

9.5.3. Lo stesso è stato sostenuto, d'altro canto, anche nella Sentenza *Turner c/. Commission*⁴⁹⁰, del 21 marzo 1985, su ricorso introdotto per far dichiarare l'annullamento della

⁴⁸⁹ Sentenza *Ragusa c/. Commissione*, del 21 aprile 1983, Causa 282/81, Rac. pag. 1245 e sgg.

⁴⁹⁰ Sentenza *Turner c/. Commission*, del 21 marzo 1985, Causa 263/83, Rac. pag. 893 e sgg.

decisione 29 ottobre 1982 , con cui il Commissario Tugendhat stabiliva il suo rapporto informativo definitivo per il periodo 1 luglio 1977 – 4 maggio 1979.

Uno dei gravami deduceva un vizio di forma relativo alla presunta violazione dell'articolo 3 delle *istruzioni per la stesura delle note caratteristiche*, laddove si dispone che il primo relatore deve consultare tutti i superiori gerarchici del dipendente, e si stabilisce che il relatore d'appello ha un obbligo d'informazione e di consultazione

Orbene, nel caso specifico, la Corte ha constatato che non vi era stata una consultazione di tutti i superiori gerarchici, ai sensi della suddetta disposizione delle istruzioni per la stesura delle note caratteristiche, in violazione anche dell'articolo 26 dello statuto del personale, onde il procedimento che aveva portato al rapporto informativo era sicuramente inficiato da un *vizio di forma*.

9.5.4. Estremamente chiara e significativa appare, inoltre, anche la Sentenza *AUIFASS c/. Commission*⁴⁹¹, con la quale il Tribunale ha giudicato su un ricorso d'annullamento proposto da un'associazione d'imprese, che non era la destinataria dell'atto impugnato, nei confronti della decisione della Commissione 31 maggio 1994, che autorizzava, in forza dell'articolo 92, n. 3, lett. a) e c), del Trattato CE, il governo del Regno Unito a concedere un aiuto alla Hualon Corporation, al fine della creazione di una fabbrica tessile nell'Irlanda del Nord.

Il Tribunale, in via preliminare, ha analizzato la normativa in vigore, e in tale ambito ha evidenziato l'esistenza della *comunicazione* della Commissione 88/C 212/02 sul metodo di applicazione dell'articolo 92, n. 3, lett. a) e c), agli aiuti regionali, ed altresì la *comunicazione* agli Stati membri 30 luglio 1971⁴⁹², con la quale la Commissione aveva stabilito alcuni principi che condizionano la concessione di aiuti di Stato a imprese nel settore tessile nella comunicazione.

Già tale operazione, di per sé, manifesta l'importanza ed il rilievo giuridico che le giurisdizioni comunitarie attribuiscono a quegli strumenti di *diritto morbido* che abbiamo definito

⁴⁹¹ Sentenza *AUIFASS c/. Commission*, Causa T-380/94, Rac. pag. II-2169 e sgg.

⁴⁹² SEC(71) 363 def.

soft acts, considerati, invero, dei veri e propri atti di natura giuridica comunitaria, tali da comporre il quadro complessivo della normativa vigente in un determinato settore.

Ciò che, però, interessa sottolineare in questa sede, è quanto i Giudici hanno affermato nel prosieguo della pronuncia.

Ed invero, richiesto di vagliare l'azione amministrativa della Commissione, il Tribunale ha ribadito, innanzitutto, che il sindacato giurisdizionale su una decisione adottata in detto ambito dovesse limitarsi alla verifica dell'osservanza delle norme relative alla procedura e alla motivazione, o dell'esattezza materiale dei fatti considerati nell'operare la scelta contestata, oppure ancora dell'insussistenza di errore manifesto di valutazione di tali fatti o dell'insussistenza di sviamento di potere, onde non poteva certamente sostituire la sua valutazione economica a quella dell'autore della decisione.

Ma immediatamente dopo, i Giudici hanno statuito che *“poiché l'impresa beneficiaria del progetto di aiuto appartiene al settore tessile, il Tribunale deve del pari verificare se la convenuta si sia conformata alle regole indicative che essa stessa si è imposta nella **comunicazione** del 1971 e nella lettera del 1977, nella misura in cui esse non siano in contrasto con il Trattato”*.

Insomma, ancora una volta, pur non esplicitando il fondamento giuridico a base dell'obbligo di attenersi ad un *soft act*, la giurisdizione comunitaria ha affermato in via definitiva che l'istituzione europea è tenuta necessariamente a rispettare, nell'ambito della sua azione di natura esecutiva, le regole che si è preventivamente autoimposta al fine di disciplinare la propria funzione amministrativa, anche se queste norme sono dotate di una giuridicità formalmente attenuata. Tale circostanza, invero, non può rappresentare un escamotage percorribile, in quanto così facendo l'istituzione verrebbe meno alla regola fondamentale della buona amministrazione, ma soprattutto al più generale principio del *“patere legem quam ipse fecisti”*, a prescindere dal fatto che tale *lex* sia strutturalmente di natura *hard* oppure *soft*.

9.5.5. Sulla stessa linea interpretativa, poi, è collocata una successiva Sentenza dello stesso Tribunale, pronunciata nel Caso *Ducros c/. Commission*⁴⁹³, del 5 novembre 1997, sull'annullamento della *decisione* riprodotta nella comunicazione della Commissione 95/C 120/03, a norma dell'articolo 93, n. 2, del Trattato CE agli altri Stati membri e ai terzi interessati relativamente ad aiuti che l'Italia ha concesso a CMF Sud SpA e CMF SpA.

A sostegno della sua domanda, la ricorrente ha addotto due motivi, il secondo dei quali riguardava la violazione, da parte della decisione impugnata, dei *presupposti* stabiliti dalla Commissione in materia di aiuti alle imprese in difficoltà, ossia in quei principi di compatibilità enunciati negli “*orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà*”, oggetto della sua *comunicazione* 94/C 368/05.

Orbene, ancora una volta il Tribunale ha statuito che “*la Commissione può imporsi indirizzi per l'esercizio dei suoi poteri discrezionali mediante atti come gli **orientamenti** ora discussi, se essi contengono regole indicative sulla condotta che **l'istituzione deve tenere** e se non derogano alle norme del Trattato*”.

L'Amministrazione comunitaria ha, quindi, l'obbligo giuridico di rispettare le regole che si è data per disciplinare la sua azione discrezionale, anche se queste norme siano prive di formale forza giuridica, in quanto è pienamente vigente nell'ordinamento comunitario il generale ed ampio principio del *rispetto per le regole che ci si è consapevolmente imposti* nell'ambito di una propria azione di autonormazione interna.

9.5.6. È questo, allora, ormai un orientamento consolidato del Tribunale, ma anche della Corte, la quale ha avuto modo di ribadirlo e darne piena conferma nella Sentenza *Royaume d'Espagne c/. Commission*⁴⁹⁴, del 26 settembre 2002, su un ricorso per annullamento parziale della decisione 98/693/CE della Commissione, relativa al regime spagnolo di aiuto all'acquisto di veicoli industriali Plan Renove Industrial.

⁴⁹³ Sentenza *Ducros c/. Commission*, del 5 novembre 1997, Causa T-149/95, Rac. pag. II-2031 e sgg.

⁴⁹⁴ Sentenza *Royaume d'Espagne c/. Commission*, del 26 settembre 2002, Causa C-351/98.

La ricorrente aveva contestato una presunta non corretta applicazione della regola *de minimis*, contenuta nell'*inquadramento comunitario* degli aiuti di Stato alle PMI, adottato dalla Commissione⁴⁹⁵.

Orbene, la Corte, prima ancora di entrare nel merito della questione controversia ha affermato con chiarezza quello che è l'orientamento della giurisprudenza comunitaria in materia, laddove ha sancito che la Commissione è tenuta a rispettare gli inquadramenti o le comunicazioni che essa adotta in materia di controllo degli aiuti di Stato, nella misura in cui non si discostino dalle norme del trattato e siano eventualmente accettate dagli Stati membri⁴⁹⁶, onde la Commissione non può allora rifiutare l'applicazione della regola *de minimis*, agli aiuti rilasciati alle imprese operanti in settori che non sono esclusi dall'applicazione di questa regola.

Orbene, alla luce di tale giurisprudenza, emerge con assoluta evidenza che il *soft law* comunitario *post legem*, con funzioni *post legislative*, risulta pienamente inserito nell'attuale ordinamento comunitario quale fonte di norme dotate di un'incontestabile ed obbligatoria *efficacia giuridica pratica*.

In conclusione, il *soft law* è certamente vincolante nei confronti delle istituzioni comunitarie che lo adottano al fine di rendere più trasparente e certa la propria futura azione amministrativa discrezionale.

9.6. Gli strumenti di *soft law post legem*, del resto – è opportuno ricordarlo – svolgono anche una funzione di interpretazione della regolamentazione *hard* in vigore.

In tale prospettiva il *diritto morbido* produce degli effetti anche nei confronti del potere giudiziario, in quanto impone ai Giudici una lettura autoritativa, quindi certamente non autentica, della normativa vincolante vigente.

⁴⁹⁵ GU 1992, C 213, p. 2, e GU 1996, C 213, p. 4, nonché GU 1996, C 68, p. 9.b

⁴⁹⁶ La Corte ha richiamato, sul punto, la Sentenza del 24 febbraio 1987, *Deufil/Commission*, 310/85, Rac. pag. 901, punto 22; la Sentenza del 24 marzo 1993, *CIRFS e.a./Commission*, C-313/90, Rac. pag. I-1125, punto 36 ; e la Sentenza del 15 ottobre 1996, *IJssel-Vliet*, C-311/94, Rac. pag. I-5023, punto 43.

9.6.1. In una prima fase, d'altra parte, la Corte si è mostrata fortemente restia a prendere in effettiva considerazione le risultanze dei *soft acts* quale sostegno interpretativo della legislazione tradizionale comunitaria.

Ed invero, la Sentenza *Krohn*⁴⁹⁷, del 18 giugno 1970, su domanda di decisione pregiudiziale vertente sull'interpretazione di determinate disposizioni del regolamento del Consiglio CEE 4 aprile 1962, n. 19, ha chiarito che *“interpretazioni ufficiose di un regolamento, quali quelle contenute in un atto non formale della commissione, non possono essere considerate come interpretazioni autentiche del diritto comunitario...atti del genere, senza dubbio utili per l'applicazione di determinati regolamenti, non hanno effetto vincolante e non possono quindi garantire che la descrizione delle merci cui si riferiscono abbia in tutti gli stati membri la stessa portata...l'applicazione uniforme del diritto comunitario e garantita solo da atti formali adottati a norma del trattato”*.

9.6.2. Del resto, ancora, nella Sentenza *Soba*⁴⁹⁸, del 28 gennaio 1992, in merito ad una domanda vertente sull'interpretazione del regolamento (CEE) della Commissione 14 giugno 1985, n. 1626, recante misure di salvaguardia applicabili all'importazione di marasche, la Corte ha avuto modo di ribadire che *“una nota interpretativa non può modificare le norme imperative contenute nel regolamento n. 1626/85”*.

Insomma, i Giudici hanno mantenuto per diverso tempo un atteggiamento di comprensibile *self restraint* nei confronti dell'utilizzo dei c.d. *soft acts* quali strumenti di sostegno ed integrazione interpretativa della normativa vincolante comunitaria.

9.6.3. Un primo segnale di inversione di rotta è possibile rinvenirlo solo nella Sentenza

⁴⁹⁷ Sentenza *Krohn*, del 18 giugno 1970, Causa 74/69, Rac. pag. 451 e sgg.

⁴⁹⁸ Sentenza *Soba*, del 28 gennaio 1992, Causa C-266/90, Rac. pag. 287 e sgg.

*Langnese*⁴⁹⁹, del 8 giugno 1995, che ha statuito su un ricorso diretto all'annullamento della decisione della Commissione 23 dicembre 1992, 93/406/CEE.

Ed invero, in tale pronuncia il Tribunale ha avuto modo di fare riferimento alla *comunicazione relativa agli accordi di importanza minore*, sostenendo che “*tale comunicazione mira unicamente a definire gli accordi che, secondo la Commissione, non producono effetti sensibili sulla concorrenza o sul commercio tra gli Stati membri. Il Tribunale ritiene tuttavia che non sia possibile dedurne, con certezza, che una rete di contratti di acquisto in esclusiva sia automaticamente idonea a impedire, restringere od ostacolare in modo sensibile il gioco della concorrenza per il sol fatto del superamento delle soglie ivi previste. Peraltro, dal **tenore stesso del punto 3 della detta comunicazione emerge** come sia del tutto possibile che, in determinati casi, accordi conclusi tra imprese che superino i valori limite indicati non incidano sul commercio tra gli Stati membri o sulla concorrenza se non in misura insignificante e che, conseguentemente, non ricadano nella sfera d' applicazione delle disposizioni dell' art. 85, n. 1, del Trattato*”.

I Giudici hanno inteso riferirsi alla comunicazione in questione per rafforzare la propria lettura della regolamentazione *hard* vigente.

9.6.4. Lo stesso ragionamento è stato sviluppato, poi, anche nella successiva Sentenza *European Night Services*⁵⁰⁰, del 15 settembre 1998, su ricorso diretto all'annullamento della decisione della Commissione 21 settembre 1994, 94/663/CE, che comportava la riflessione sul valore giuridico attribuibile alla *comunicazione “de minimis”* della Commissione.

In tale pronuncia, invero, per la prima volta in maniera esplicita si è affermato che “*emerge dal testo stesso del punto 3 della predetta comunicazione che, «tuttavia, la definizione in termini quantitativi della nozione di sensibilità data dalla Commissione non ha un valore assoluto» e che «in determinati casi è possibile che anche accordi conclusi fra imprese che superano i limiti stabiliti incidano sul commercio tra Stati membri o sulla concorrenza soltanto in misura*

⁴⁹⁹ Sentenza *Langnese*, del 8 giugno 1995, Causa T-7/93, Rac. pag. II-1533 e sgg.

⁵⁰⁰ Sentenza *European Night Services*, del 15 settembre 1998, Cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, Rac. pag. II-3141 e sgg.

*insignificante, e di conseguenza non siano contemplati dal disposto dell'articolo 85, paragrafo 1». Inoltre, e a titolo puramente indicativo, si deve ricordare che **detta analisi è corroborata dalla comunicazione** della Commissione del 1997 relativa agli accordi di importanza minore (GU 1997, C 372, pag. 13), che sostituisce la citata comunicazione della Commissione 3 settembre 1986, secondo la quale anche accordi che non sono di minore importanza possono esulare dal divieto delle intese a motivo della loro influenza esclusivamente favorevole sul gioco della concorrenza».*

Insomma, il Tribunale si avvale delle disposizioni di atti di *soft law* al fine di fornire sostegno alla propria interpretazione della legislazione *hard* in vigore e decidere dunque della controversia sottoposta al suo vaglio.

10. Conclusione

Orbene, alla luce delle considerazioni svolte, emerge con assoluta evidenza che il *soft law* comunitario *post legem*, con funzioni *post legislative*, risulta pienamente inserito nell'attuale ordinamento comunitario quale fonte di norme dotate di un'incontestabile ed obbligatoria *efficacia giuridica pratica*.

Il *soft law* è, invero, certamente vincolante nei confronti delle istituzioni comunitarie che lo adottano al fine di rendere più trasparente e certa la propria futura azione amministrativa discrezionale.

La caratteristica peculiare di tali strumenti giuridici *morbidi* è la loro potenziale *patologica giustiziabilità*, in quanto le giurisdizioni comunitarie hanno sviluppato una giurisprudenza in virtù della quale gli atti di *diritto attenuato*, sebbene privi di forza normativa vincolante *hard*, costituiscono in ogni caso un ulteriore obbligatorio parametro di legittimità dell'attività delle istituzioni europee, onde risulta possibile per gli operatori economici privati imporre il rispetto di

tali precetti, mediante la possibilità di contestare in sede giurisdizionale l'atto considerato illegittimo.

I cittadini comunitari hanno a loro disposizione lo strumento del ricorso per annullamento per attaccare un atto, adottato da un'istituzione comunitaria nei loro confronti, che sia in palese contrasto con una regola autoimposta dall'Amministrazione comunitaria a disciplina della futura azione esecutiva discrezionale.

E il mezzo di gravame che può essere sollevato dai ricorrenti, nell'azione per annullamento eventualmente sollevata in giudizio, è la violazione di principi generali dell'ordinamento comunitario, quali la *protezione dell'affidamento legittimo*, la tutela della *parità di trattamento*, l'interesse *ad una buona amministrazione*, ed il più generale "*patere legem quam ipse fecisti*".

Il *soft law* che completa ed integra la normativa comunitaria *hard*, è dotato dunque di piena ed efficace *forza giuridica obbligatoria* nei confronti dell'esecutivo comunitario.

È questo il concetto rivoluzionario che deve essere assimilato e metabolizzato dalla dottrina giuridica tradizionale comunitaria.

Gli strumenti di *diritto morbido*, anche qualora siano soltanto formalmente fonti di regole rivolte ad integrare o ad interpretare delle norme giuridiche vincolanti, producono indiscutibilmente *effetti giuridici pratici*, che si rivelano, poi, anche concretamente *giustiziabili*.

Ecco la vera peculiarità che non può più essere nascosta e offuscata dietro il paravento della formula ambigua e contraddittoria *soft law*.

Soft law, a nostro avviso, è, infatti, una specifica espressione della giuridicità contemporanea comunitaria che si caratterizza per essere ricompresa in un contenitore *innominato o atipico* e per questo formalmente *soft*, in quanto naturalmente non in grado di poter abrogare né derogare alle fonti *hard* riconosciute dell'ordinamento comunitario⁵⁰¹, ma che ciononostante risulta dotata di un contenuto assolutamente *giuridico* che la rende a tutti gli effetti *law*.

Ecco perché, allora, non bisogna stupirsi del fatto che tale *law*, certamente peculiare sotto il

⁵⁰¹ Si veda in tal senso Sentenza del 24 febbraio 1987, *Deufil c/. Commission*, 310/85, Rac. pag. 901; Sentenza *Ducros c/. Commission*, del 5 novembre 1997, Causa T-149/95, Rac. pag. II-2031 e sgg.; Sentenza *Royaume d'Espagne c/. Commission*, del 26 settembre 2002, Causa C-351/98.

profilo formale, sia, però, da un punto di vista sostanziale, effettivamente vigente ed obbligatorio – pur nel rispetto della normativa *hard* – nel complesso dell’ordinamento giuridico comunitario.

10.1. Ma – è opportuno ribadirlo – il *soft law post legem* non è certamente l’unica espressione di *diritto morbido* in grado di produrre effetti giuridici nell’ordinamento comunitario, sia nei confronti del “potere esecutivo” che del “potere giurisdizionale”.

Ed invero, abbiamo già sottolineato l’indiscutibile rilievo giuridico che assumono altresì i c.d. *steering instruments* tanto nei confronti del “potere giurisdizionale nazionale e comunitario”, quanto nei confronti di quello “esecutivo”.

Tale situazione, come detto, crea a nostro avviso dei seri problemi nei rapporti di forza tra atti vincolanti e strumenti *soft*.

In quali circostanze le istituzioni comunitarie possono fare ricorso a fonti alternative di produzione giuridica, quali sono i limiti materiali di tale ricorso, sono tutte domande insolute, con grave rischio per il rispetto dei principi fondanti il *rule of law* comunitario.

Ed invero, è di ogni evidenza che la *méthode communautaire* di produzione normativa *hard* prevede una serie di passaggi procedurali volti ad acquisire il *parere* della Commissione e soprattutto il *voto* – vincolante oppure soltanto consultivo – del Parlamento europeo, quale espressione della volontà dei rappresentanti dei cittadini dell’Unione.

Orbene, è chiaro che qualora un c.d. *steering instrument* adottato solo ed esclusivamente dal Consiglio, o in alcuni casi solo dalla Commissione, produca gli effetti giuridici pratici sopra analizzati nei confronti delle giurisdizioni statali e comunitarie, e nei confronti degli Stati membri, tutto ciò pone in serio pericolo non solo il rispetto dell’equilibrio istituzionale della Comunità, ma anche e soprattutto il valore fondante del *principio di democrazia* e dello *stato di diritto*.

Il Parlamento, il cui ruolo legislativo è istituzionalizzato in Trattato, invero, si vede depauperato di ogni effettivo potere normativo⁵⁰².

E questo viola i valori fondatori di una Comunità di diritto, e soprattutto di una Comunità fondata sul principio di democrazia rappresentativa.

10.2. Orbene, è proprio questo il punto sul quale riteniamo opportuno soffermarci a conclusione del presente lavoro.

Ed invero, ciò che riteniamo necessario ed indispensabile sottolineare è che, la circostanza ampiamente dimostrata e riconosciuta che il *soft law* sia ritenuto effettivamente in grado di produrre *effetti giuridici pratici* – quando non sia addirittura fonte di *incidental legally binding force* – pone un problema forte, concreto ed estremamente pericoloso nei confronti del ruolo istituzionale non della Commissione o del Consiglio, né tantomeno della Corte, bensì nei riguardi del Parlamento europeo.

L'unica vera istituzione comunitaria che viene effettivamente e seriamente danneggiata ogni giorno dalla pratica corrente di adottare atti di *soft law* al fine di integrare le lacune normative *hard*, o di limitare la discrezionalità dell'azione amministrativa, o di interpretare le regole in vigore, o ancora allo scopo di dare una disciplina comunitaria a settori della vita sociale sprovvisti di norme tradizionali e quindi fuori dal controllo europeo, è il Parlamento europeo, quale organo legislativo di rappresentanza degli interessi dei cittadini dell'Unione.

10.3. Ed invero, il *soft law* rappresenta ormai uno strumento assolutamente alternativo al diritto tradizionale prodotto secondo quella rigida procedura denominata *méthode communautaire*.

Quando si decide di introdurre delle regole di *diritto attenuato* in determinati settori economico sociali attribuiti dal Trattato alla competenza delle istituzioni comunitarie, si compie

⁵⁰² Per un approfondimento sul ruolo del Parlamento europeo, si legga A. Canepa, *La funzione parlamentare in Europa: tra evoluzione del Parlamento europea e crisi dei Parlamenti nazionali*, in Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2005, Tomo I, pag. 77 e sgg.

un'operazione di cosciente e consapevole scelta di strumenti legislativi tra loro ormai *de facto* alternativi.

Insomma, quando la Commissione adotta degli *orientamenti* volti a indicare le direttrici della propria futura azione discrezionale in materia di attuazione di politica della concorrenza essa consapevolmente sceglie di preferire una regolamentazione *giuridica soft* piuttosto che una invece *hard*.

E se tale circostanza non creava alcun tipo di problema quando lo sviluppo giurisprudenziale non ammetteva ancora la possibilità di far valere l'obbligatorietà del *diritto morbido* in sede giurisdizionale, onde la dottrina credeva di trovarsi di fronte ad una scelta effettuata dall'istituzione tra due strumenti disomogenei tra loro, oggi, invece, il problema si pone eccome.

Ed infatti, quando un'istituzione comunitaria, che – chiariamo – partecipa istituzionalmente al procedimento di legislazione comunitario ordinario, decide consapevolmente di non attivare la procedura di regolamentazione *hard*, ma bensì sceglie di disciplinare, direttamente e più rapidamente, una materia mediante un atto di *soft law*, essa sceglie – è bene evidenziarlo e chiarirlo definitivamente – di adottare una regolamentazione assolutamente omogenea a quella tradizionale, in quanto chiaramente ed incontestabilmente *giuridica* e quindi in grado di produrre *effetti giuridici pratici e concreti*.

Di qui, allora, il rischio che ne deriva evidente al rispetto di quelli che sono i cardini dell'ordinamento comunitario, i suoi valori fondanti, e cioè il *principio di democrazia* ed il valore dello *stato di diritto*, ma anche il fondamentale principio di rispetto dell'*equilibrio istituzionale*.

10.3.1. Un'istituzione comunitaria, formalmente partecipe del procedimento legislativo comunitario, in veste di organo incaricato di promuovere *l'iniziativa* o in qualità di vero e proprio legislatore, se e quando decide di non rispettare le procedure imposte dal Trattato per legiferare e regolamentare determinati settori, ma preferisce adottare strumenti di *diritto morbido*, nella piena consapevolezza della loro assoluta obbligatorietà riconosciuta anche dalla giurisprudenza

comunitaria, a nostro avviso, viola il trattato stesso e le regole poste a disciplina della produzione legislativa.

È inutile, dunque, nascondersi, dietro nomi o formule, per cui il *soft law* è soltanto interpretativo, o integrativo, o peggio ancora è intrinsecamente – quasi a voler indicare un tipo di regola non si sa bene di quale natura – *soft*.

In tali casi, infatti, il *diritto attenuato* rafforza, si sovrappone, si affianca, completa il disposto regolamentare *hard*, ma ciononostante produce diritto in via alternativa alla legislazione tradizionale.

È evidente, allora, la incontestabile violazione dell'*european rule of law*, a vantaggio dell'affermazione pratica ed effettiva di un vero e proprio nuovo *european rule of soft law*.

10.3.2. Ma l'attuale configurazione – ribadiamo, solo ed esclusivamente giurisprudenziale – dell'efficacia legale generale di tutti gli strumenti di *soft law*, e del suo rapporto con il diritto comunitario *hard* tradizionale e formale, determina fratture e forti menomazioni delle espressioni concrete del *principio di democrazia* vigente in Europa, ed in particolar modo dei principi propri dell'azione legislativa.

L'obbligo di trasparenza, la necessità di motivare gli atti, il principio della certezza del diritto, troveranno sicuramente una più debole tutela nell'ambito del quadro legislativo *soft* comunitario.

10.4. È per tali ragioni che, allora, riteniamo opportuno e necessario cominciare a cristallizzare tali strumenti, così come si è fatto, del resto, già per la *co-regulation*, la *self-regulation*, ed il *Metodo aperto di coordinamento*, previsti e disciplinati nell'Accordo *better regulation* del 9 ottobre 2003.

Certo, la peculiarità di tale riconoscimento è che proviene anch'esso, tautologicamente, da un altro atto di *soft law*, quale un *Accordo interistituzionale*.

È per questo che riteniamo probabilmente necessario che una normativa *hard* si prenda in carico di cristallizzare ed istituzionalizzare tutti questi strumenti che di fatto esistono e producono diritto.

Ignorare il problema non servirà certamente a risolverlo.

L'unico modo per evitare che si pongano seriamente a repentaglio i principi e i valori fondanti del nostro ordinamento comunitario, è allora quello di delimitare e regolamentare questa massa informe, eterogenea e potenzialmente illimitata di strumenti di *soft law* realmente alternativi alla legislazione *hard*.

Solo in questo modo si potranno effettivamente chiarire e disciplinare i rapporti tra le due tipologie di fonti di *diritto*, riconoscendo, eventualmente anche finalmente una gerarchia tra norme *hard* e norme invece *soft*, del resto già ampiamente e ripetutamente ribadita in giurisprudenza.

È per tale ordine di ragioni che ci si auspica – lo si ripete – l'introduzione in Trattato, o in un'altra fonte sulla produzione *hard*, di una completa, chiara ed effettiva disciplina che sia in grado di regolare le modalità procedurali e sostanziali di utilizzo di siffatti strumenti di *soft law* che rischiano realmente di compromettere gli equilibri dell'Unione.

Non si può continuare ad ignorare il problema, bisogna disciplinarlo in modo da limitarne la portata potenzialmente dannosa e distruttiva, acquisendone le potenzialità certamente positive per l'ordinamento comunitario, quali la capacità di adeguarsi rapidamente e puntualmente alle fluide e mutevoli esigenze della realtà economico sociale contemporanea.

10.5. Certo, qualcuno potrebbe obiettare che un riconoscimento formale degli strumenti di *soft law* in una fonte sulla produzione formale di diritto *hard* avrebbe come effetto quello di far perdere la natura *soft* a tali atti regolativi ed alle norme da essi prodotte.

Fonti di diritto inserite in Trattato o previste da un regolamento diverrebbero *ipso lege* fonti di diritto formali di natura *hard*, perdendo automaticamente, *de iure*, quelle peculiarità che ne

rappresentano la ragione principale della loro esistenza, e cioè la rapida adattabilità alle esigenze della realtà sociale, economica e commerciale che si intende disciplinare in aggiunta o integrazione alla legislazione formale vigente.

Orbene, se queste perplessità sono senz'altro teoricamente comprensibili e logicamente rigorose da un punto di vista metodologico, tuttavia non ci sentiamo qui di condividerle per alcune semplici ragioni.

In primo luogo, da un punto di vista strettamente teorico e dottrinale, è da considerare assolutamente erronea la considerazione di quanti ritengono che prevedere in una fonte *hard* la esistenza di una norma sulla produzione *soft* comporti per quest'ultima la perdita delle proprie caratteristiche peculiari.

Ed invero, si potrebbe a tale riguardo porre l'esempio dei diritti fondamentali della persona umana. Questi ultimi pur essendo inseriti formalmente in fonti di diritto tradizionale – seppur di rango primario, quali le Carte Costituzionali – certamente non possono considerarsi subordinati alla fonte stessa, la quale ha operato soltanto un mero formale *riconoscimento* di un insieme di situazioni giuridiche soggettive inalienabili che sono assolutamente preesistenti alle stesse norme giuridiche nelle quali sono collocate.

Allo stesso modo, gli strumenti di *soft law* hanno una loro indiscutibile autonoma consistenza giuridica a prescindere dal loro inserimento in una fonte formale di diritto, la quale rappresenterà una fonte di cognizione di strumenti di per sé già esistenti, piuttosto che una fonte sulla produzione normativa.

In altri termini, dunque, il riconoscimento di strumenti di *diritto attenuato* in norme giuridiche *hard* non determinerà alcuna perdita di connotati peculiari.

D'altro canto, si sottolinea che il ragionamento per il quale il *diritto morbido* che si istituzionalizza diviene *de iure hard law* e quindi perde la sua specificità non ci appassiona né ci

crea difficoltà interpretative di natura teorica, anche per un'altra ragione.

Se riteniamo, infatti, che tanto l'*hard* quanto il *soft* siano entrambi espressioni assolutamente omogenee di forme legittime di giuridicità comunitarie, non può spaventarci la possibilità che una norma presente in un contenitore *attenuato* venga poi inserita in un contenitore *forte*, in quanto tale fattispecie costituirebbe soltanto eventualmente un fenomeno di *novazione oggettiva* della fonte che non può alterare alcun equilibrio politico istituzionale comunitario.

In secondo luogo, poi, siamo dell'idea che si debba salvaguardare ed attingere quanto di positivo emerge dall'attuale esperienza giuridica comunitaria *soft*, e cioè senz'altro la *voluntas* di *effettività* del diritto nei confronti della materia disciplinata.

In altri termini, a nostro avviso, il proliferare di tali forme di regolazione *soft* risponde ad un'esigenza di giuridicità diffusa.

Le istituzioni che vincolano la propria condotta amministrativa futura vanno nella direzione di una più ampia ed articolata espansione dei principi del *rule of law* anche in ambiti spesso invece lasciati alla più ampia ed incontrollata discrezionalità amministrativa o politica.

Il *soft law*, insomma consente in molteplici circostanze – anche nei casi in cui si introduce una regolamentazione *morbida* o di principio in aree altrimenti completamente sottratte all'azione giuridica comunitaria – di legiferare, seppur in forme *attenuate*, piuttosto che non disciplinare per nulla.

Ecco quindi, il senso profondo, la *ratio* ultima, a nostro parere, dello sviluppo sfrenato di nuove forme di giuridicità nell'ordinamento comunitario.

Ora, ciò che però, a fronte di tale intento assolutamente lodevole e positivo, è necessario evitare è proprio che – come già ribadito più volte – questa volontà di rispondere con strumenti giuridici ad esigenze economico sociali, non si trasformi in tentativo di *by-passare* e scavalcare le modalità procedurali stabilite al fine di produrre diritto vincolante, adottando strumenti che comunque producano effetti giuridici, ma che tuttavia consentano di evitare il percorso lungo,

accidentato, ma per questo anche garantista degli interessi di tutte le istituzioni, rappresentato dalla *méthode communautaire*.

Ed invero, se tale operato è eventualmente apprezzabile in aree altrimenti del tutto sottratte ad una regolamentazione comunitaria, esso non ci può trovare assolutamente d'accordo qualora si tratti di *disciplinare*, seppur mediante integrazione, sostituzione, o interpretazione, materie già regolamentate da legislazione *hard*.

È per tali ragioni, allora, che riteniamo probabilmente opportuno istituzionalizzare alcuni ormai soltanto *innominati*, ma non certamente *atipici*, istituti di *soft law* comunitario, al fine di cristallizzare anche le procedure e le modalità di produzione normativa *attenuata*, creando, se necessario anche – perché no – una nuova *méthode communautaire* peculiare e specifica degli strumenti di *soft law*.

D'altra parte è quello che è accaduto in relazione alla nuova forma di *governance* che caratterizza la politica economica e la politica dell'impiego comunitario, e con risultati certamente positivi.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

A conclusione dell'intero lavoro svolto, riteniamo davvero necessario ed opportuno riprendere innanzitutto le considerazioni svolte da M.R. Ferrarese, nel suo saggio *Le istituzioni della globalizzazione*, laddove analizzando il ruolo svolto dal *soft law* nel contesto dell'attuale mondo globalizzato, ne rinviene il suo fondamento nel “*fine pratico di efficacia, e poi forse...di legalità, e comunque entrambi a dispetto della legittimità*”.

L'autrice evidenzia come si produca attraverso il *soft law* un vasto repertorio di strumenti giuridici che, piuttosto che seguire i classici percorsi della legalità, assecondano e promuovono dinamiche giuridiche compatibili con l'estensione del raggio d'azione delle relazioni economiche.

“*Questa giuridicità camaleontica, dal carattere spiccatamente adattativo e teleologico è chiamata a servire i mutevoli bisogni del mercato*”.

Tale giuridicità multiforme e dinamica rimpiazza le forme di legalità governate esclusivamente dagli Stati, ma porta altresì a forzare continuamente le categorie giuridiche tipiche per far posto all'atipico, nel quale trovano facile rifugio nuove ed effettive modalità regolative della realtà economica contemporanea.

In tal senso il diritto non fornisce più – si è detto – nicchie sicure in cui ripararsi dalla pressione della concorrenza “*e viene continuamente insidiato da nuovi giochi che ne spostano le linee coprendole con chiaroscuri, dove le luci si confondono con le ombre*”.

Questa è certamente una lettura interpretativa plausibile ed indicativa dello sgomento che il proliferare di nuove forme di giuridicità *soft* suscita nella dottrina giuspubblicistica contemporanea.

Ma non è la sola prospettiva di analisi del fenomeno.

Come detto, invero, il *soft law* risponde altresì ad un'esigenza di giuridicità diffusa, chiara, umile, modesta, e soprattutto *effettiva*.

La realtà economico sociale attuale avverte sempre più il bisogno di diritto per regolamentare le spinte centrifughe e distruttive che l'economia produce se lasciata libera di agire indisturbata.

Ma si avverte, d'altra parte, anche la necessità di un *diritto nuovo* non calato dall'alto, non imposto da legislatori lenti, macchinosi, attenti agli equilibri politici e del tutto estranei alle dinamiche concrete delle materie da disciplinare.

Il *soft law* rappresenta tutto questo.

È la manifestazione della volontà di far prevalere il diritto sull'economia, la trasparenza della *ratio* legislativa sull'oscurità della cieca logica della massimizzazione del profitto.

È l'espressione di un *law* che seppur in forme *morbide* penetra nella società e diviene in alcuni casi addirittura più *effettivo* del diritto imposto da un'Autorità con la minaccia della *sanzione*; diritto che pertanto sarà certamente *temuto*, ma purtroppo non sempre *condiviso* dai consociati destinatari dei precetti.

In tale prospettiva, allora, possiamo davvero considerare il *soft law* quale nuova forma di espressione della giuridicità contemporanea che troverà sempre più ampi spazi di intervento in futuro, soprattutto in ambiti della vita sociale intrinsecamente ed indissolubilmente legati a dinamiche economiche, in una sorta di *communicative approach to legislation*, non più fondata sul classico schema del *command and control*, ma piuttosto su un vero e proprio dialogo e confronto tra i consociati e le istituzioni.

Ed invero, a ben vedere, il *soft law* rappresenta un'espressione di giuridicità la cui vera *sanzione*, derivante dall'eventuale inosservanza dei suoi precetti, assume natura *sociale* o *economica*, prendendo le forme di una sorta di riprovazione collettiva e dando luogo ad un conseguente isolamento da parte degli altri consociati od operatori economici.

In tale prospettiva, ecco che ritroviamo allora anche l'elemento sanzionatorio che la dottrina tradizionale ritiene *condicio sine qua non* della giuridicità di una norma.

Con l'unica peculiarità, d'altra parte, che la sanzione assume connotati di tipo civile ed

economico commerciale.

Del resto, questa sua caratteristica non comporta assolutamente un'indifferenza nei confronti delle regole di *soft law*, anzi, al contrario, essa rappresenta un deterrente maggiore rispetto alla tradizionale sanzione statale di tipo afflittivo o restrittivo.

Nei confronti, invero, della *pena* inflitta dall'Autorità, calata dall'alto, soprattutto in campo economico finanziario – siamo dunque ovviamente al di fuori di settori relativi alla tutela dell'ordine pubblico o dell'incolumità personale e la salvaguardia delle libertà fondamentali – si instaura sempre più spesso una sorta di effetto boomerang, determinato da una velata solidarietà morale di fatto espressa nei confronti di coloro i quali vengono *colpiti* dallo “Stato”, inteso in senso ampio e generico quale “Potere pubblico” che sia esso di livello nazionale, comunitario, o sopranazionale.

È questa, ovviamente, la conseguenza diretta ed immediata del fatto che tante norme – soprattutto in ambito economico, commerciale, finanziario o lavorativo – sono certamente *vigenti*, talvolta *efficaci*, ma solo raramente *effettive*.

E tale circostanza crea talvolta un vero e proprio sentimento di sfida nei confronti del diritto *hard* ritenuto spesso addirittura *ingiusto* e *vessatorio*.

Alla luce di tali riflessioni, allora, l'analisi del *soft law* ci mostra che realmente qualcosa sta cambiando nel mondo contemporaneo, e quel qualcosa è il diritto.

In una società civile certamente matura, invero, è possibile davvero immaginare e sognare la possibilità di una regolamentazione *morbida* ed *attenuata* delle vicende economico-sociali, senza la necessità di ricorrere a norme di natura autoritativa per garantire il rispetto dell'ordine che si intende stabilire.

Ci piacerebbe, in questa sede, a conclusione del lavoro, fornire un'immagine rubata alla realtà quotidiana che possa far venire alla mente quello che davvero rappresenta, strutturalmente e

funzionalmente, la norma giuridica espressione di *soft law*.

Ed invero, sulla porta d'ingresso di un ristorante cinese di Manhattan è stato da qualche tempo affisso un cartello sul quale è possibile leggere “*You have an obligation to order food, please*”.

Orbene, l'accostamento di un invito cortese (“*please*”) ad un ordine da rispettare obbligatoriamente (“*You have an obligation*”) rende la frase quantomeno originale, e l'espressione semanticamente contraddittoria, se non addirittura comica.

Ma è in tale ibridità, in una commistione apparentemente incomprensibile a coloro i quali restano ancorati ai tradizionali schemi di interpretazione ed analisi dei fenomeni giuridici, che risiede l'originalità e la *forza* di questa nuova espressione di giuridicità contemporanea rappresentata dal *soft law*.

Parte della dottrina⁵⁰³ ha parlato addirittura di una nuova idea di *responsive law* che mediante gli strumenti di *soft law* contemporanei intende dar vita ad innovative forme di regolamentazione sociale fondate sull'integrazione, sulla compenetrazione tra *diritto* e *società civile*, nell'interesse di una effettiva giustizia sociale. Si tratta di un fenomeno assolutamente nuovo ed originale che prende le mosse da un *legal pluralism* che risulta davvero in grado di dare *collective responses* ai bisogni ed alle richieste – ribadiamo di natura economica e sociale – dell'insieme della società civile.

Solo collocandoci in questa prospettiva interpretativa della giuridicità contemporanea si può allora realmente comprendere quello che rappresenta – nei suoi pur delimitati settori di azione – il *soft law*, inteso come complesso normativo *effettivo*, *condiviso* e dunque *rispettato* dai consociati, perché avvertito come finalmente realmente vicino ai problemi concreti dei cittadini, ed realmente intenzionato a dare risposte alle domande ed ai bisogni economico sociali della collettività.

⁵⁰³ P. Selznick, *The Moral Commonwealth*, University of California Press, Berkeley, 1992, pag. 463 e sgg.

BIBLIOGRAFIA

Abi-Saab, *Cours général de droit international public*, RC, 1996, vol. 207, pagg. 169 e sgg.

P.Acconci, *Quale gerarchia delle fonti del diritto dell'Unione*, Il Diritto dell'Unione europea, 2005, vol.2, pag. 254 sgg.

Alpa, *I principi generali e le fonti del diritto*, in *Pol. Del dir.*, 1992.

F. Amtenbrink and J. de Haan, “*Economic Governance in the EU: Fiscal Policy Discipline versus Flexibility*”, 2001, 3, *Common Market Law Review*, 40.

M. Antonioli, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pag. 30 e sgg.

M. Antonioli, *Le comunicazioni della Commissione tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, n. 1, 1995, pag. 45.

Arangio-Ruiz, dibattito del 1973 della Hague Academy, op. cit.

A. Atena, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Anno 2001, pag. 591e sgg..

A. Azzera, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, 1976, pag. 86 e sgg.

Gian Guido Balandi, Fabrizio Bano, “*Chi ha paura del soft law*”, Il Mulino, 2003, pag. 3 sgg.

Pastore Baldassare, “*Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*”, Il Mulino, 2003, pag. 5 sgg

Baldwin R., Houghton J., “*Circular arguments : the status and legitimacy of administrative rules*”, *Public Law*, 1986.

T. Ballarino, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, sesta edizione, Padova, 2001, p. 122-124.

T. Ballarino, *Manuale breve di Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2004, pag. 91;

Bano Fabrizio, “*Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione : il soft law*”, Il Mulino, 2003, pag. 49 sgg.

Baratti, *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato tra ordinamento internazionale e ordinamento nazionale*, in AA.VV., *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario*, a cura di Baratti, Milano, 1998, pag. 2 e sgg.

Barbera M., *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, in LD, 2000, Brescia, Promodis; R.R. Baxter, *International Law in Her Infinite Variety, The International and Comparative Law Quarterly*, 1989.

J.C. Barbier, “The European Employment Strategy: A Channel for Activating Social Protection?” J Zeitlin and P Pochet (eds.), *The Open Method of Coordination in Action: The European Employment and Social Inclusion Strategies* (P.I.E.-Peter Lang, 2005).

F. Bassi, *Circolari amministrative*, in Dig. It., vol. III, Torino, 1989, pag. 55.

O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, P.U.F., 1994, pag. 208.

G. Becattini, 1990, *The Marshallian industrial district as a socioeconomic notion*, in F. Pykw, G.

Beveridge F., Nott S., “*A hard look at soft law*”, in P. Craig and C. Harlow, eds. *Law making in the European Union*, The Hague, Kluwer Law International, 1998.

B. Beutler, *L'Unione europea*, Bologna, 2001, pag. 279; Bin R., Pitruzzella G., Giappichelli Editore, Torino, 2002.

F. Beveridge and S. Nott, *A hard look at soft law*, in *Lawmaking in the European Union*, 1998, pagg. 285-309.

Biagi M., *L'impatto dell'European Employment Strategy sul ruolo del diritto del lavoro nelle relazioni industriali*, in RIDL, 2000, I, pag. 413.

Bobbio N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994.

Bobbio N., *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Giuffrè, Milano, 1977.

Bothe, Michael, (1980), 'Legal and Non-Legal Norms – A Meaningful Distinction in International Relations?' *Netherlands Yearbook of International Law*, 11.

Bronzini, Dall'“habeas corpus” all'“habeas mentem”. Soft law e autoregolazione nel lavoro postfordista, in *Dem. dir.*, 1996, n. 1, p. 224.

Campbell, C.T., Dowling D. C. (1999), *International Employment Law: The Multinational Employer and the Global Workforce*, New York: Transnational Publishers, Inc.

A. Canepa, *La funzione parlamentare in Europa: tra evoluzione del Parlamento europea e crisi dei Parlamenti nazionali*, in *Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2005, Tomo I, pag. 77 e sgg.

E. Cannizzaro, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, Anno X (2005), 4 vol., pagg. 651-658.

E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, pag. 411 e sgg.

F. Capriglione e G. Montedoro, *Società e Borsa (CONSOB)*, *Encicl. Del Dir. Aggiorn.* VI, p. 1035.

E. Cardi e P. Valentino, *L'istituzione CONSOB. Funzioni e struttura*, p. 38.

Cartaria M., Weiler J.H.H., *L'Italia in Europa profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2000, pag. 74.

B. Caruso (2001), *Gli esiti della globalizzazione: disintegrazione o trasformazione del diritto del lavoro?*, in S. Scarponi, p. 222.

E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2003, pag. 484 e sgg.

Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano 1999, pag. 159 e sgg

Michelle Cini, “*From soft law to Hard law?: Discretion and Rule-making in the Commission's State Aid Regime*”, EUI Working papers, RSC N°2000/35.

M. Clarich, Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia, in Riv. Impr. Soc. 2003, p. 47.

Compa, L. A., Diamond, S. F. (1996), *Human Rights, Labour Rights, and International Trade*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Conforti B., *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1999, pag. 3.

A. Cosma and R. Whish, *Soft law in the Field of EU Competition Policy*, in European Business law review, vol.14, 2003, 1, pag. 33

Costantinesco, *Vers quelle Europe, Europe fédérale, confédération européenne, fédération d'Etats-Nations*, Les Cahiers français, 2000, n. 298, pag. 80.

Creighton, B., (1995), *The Internationalisation of Labour Law*, in *Redefining Labour Law: New Perspectives on the Future*.

Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1993.

D'Antona, M., (1998), *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, in Riv. Giur. Lav., 1998, I, 311.

Deakin, S., Wilkinson, F., (2005), *The Law of the Labour Market. Industrialization, Employment, and Legal Evolution*, London: Oxford University Press.

E. Decaux, *La forme et la force obligatoire des codes de bonne conduite*, AFDI, 1983, pagg. 80-97.

Dehousse, Renauld, *The Open Method of Coordination: A New Policy Paradigm?*, 2002, Paper presented at the first Pan-European Conference on European Union Politics, ‘The Politics of European Integration: Academic Acquis and Future Challenges’.

M. Delfino, “*Il soft law nel diritto del lavoro italiano. Un’ alternativa all’inderogabilità?*”, Seminario italo-spagnolo su *L’inderogabilità nel nuovo diritto del lavoro*, svoltosi a Pontigliano

(SI) l'11 e 12 ottobre 2002.

S. De La Rosa, *La méthode ouverte de coordination dans le nouveaux Etats membres. Les perspectives d'utilisation d'un outil de soft law*, in *L'élargissement et la nouvelle Europe après 2004*, Troisième rencontre internationale des jeunes chercheurs, Bruylant, Bruxelles, 2005.

Della Cananea, *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario : il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 1993, pag. 417 e sgg.

R. Del Punta, *Formazione, qualità e regolarità del lavoro*, 2005.

R. Del Punta, *Responsabilità sociale d'impresa e diritto del lavoro*, in www.unicz.it, di prossima pubblicazione in un volume collettaneo a cura di G. Alpa, 2004, pag. 5.

F. R. De Martino, *Il principio di competenza concorrente*, in *Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2005, Tomo I, pag. 387 e sgg.

De Minico, *“La regolazione dell'Autorità e la soft law dei regolati”*, in www.agcom.it/eventi/capri2002

D. Dero-Bugny, in *Le livre vert de la Commission européenne*, Revue trimestrielle de droit européen, Dalloz, gennaio-marzo 2005, pag. 97, parla di « acte pré-préparatoire ».

Distefano Marcella *“Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale”*, Il Mulino, 2003, pag. 17 sgg. *“Nuovi modelli normativi nell'Unione Europea”*, dal *Notiziario IAP* n. 127, febbraio 2003.

M. Dony et C. Smits, *Aides d'Etat*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, pag. 109 e sgg.

U. Draetta, *Elementi di diritto dell'Unione europea, Parte istituzionale*, Milano, 2004, pag. 201.

R.J. Dupuy, raccolta del dibattito della Hague Academy sul *The Protection of the Environment and International Law*, Sijthoff, Leiden, 1975.

R.J. Dupuy, *Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la soft law*, in *L'élaboration du droit international public*, Colloque de Toulouse, Société Française de Droit International, Pedone, Paris, 1975.

Durante Filippo, “*L’attività di moral suasion della Consob*”, in www.cahiers.org .

J. Dutheil de la Rochere, *La hiérarchie des normes*, in P. Manin, *La révision du Traité sur l’Union Européenne. Perspectives et Réalités*, Paris, 1996, Pagg. 58-60.

C Ehrel, L Mandin, and B Palier, “The Leverage Effect: The Open Method of Coordination in France” in J Zeitlin and P Pochet (eds.), *The Open Method of Coordination in Action: The European Employment and Social Inclusion Strategies* (P.I.E.-Peter Lang, 2005).

Ehrenberg, D. S., (1996), *From Intentin to Action*, in *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*, Compa, L. A., Diamond, S. F. (1996), Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

O.Elias, C.Lim, *General Principles of Law, Soft Law and the Identification of International Law*, *Netherlands Yearbook of International Law*, 1997.

Esposito M., *Fonti del lavoro pubblico e assetto normativo della responsabilità disciplinare*, in Atti del Convegno, *immagini contemporanee delle fonti del diritto fra memorie storiche e scenari futuri*, Pisa, 1-2-3 marzo 2001, in corso di pubblicazione.

S. Fabbrini (a cura di) , *L’europeizzazione dell’Italia*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 2003.

G. Ferraiuolo, *Principio di leale cooperazione e garanzie procedurali*, in *Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2005, Tomo I, pag. 503 e sgg.

Ferrarese M.R., *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2000, Giddens A., *Le conseguenze della modernità*, Il Mulino, Bologna, 1994.

G. Feuer, in *Les différentes catégories de pays endéveloppement. Genèse, Evolution, Statut*, JDI, 1982 a p. 5-54.

Frignani-Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Napoli, 1978, pag. 60 e sgg.

S. Gambino, *Diritti fondamentali e Trattato costituzionale*, in *Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2005, Tomo I, pag. 933 e sgg.

A. Gardino, *Il principio della “certezza del diritto” nell’ordinamento interno e comunitario: le Corti di Roma e Lussemburgo a confronto*, in *Il diritto costituzionale comune europeo*, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2002, Tomo I, pag. 133 e sgg.

Goetschy J., *Tehe European Employment Strategy : strength and weakness of an open method of coordination*, ECSA, Winsconsin University, USA, autumn 2000.

Gold J., *Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements*, in *American Journal of International Law*, 1983, pag 443.

D. Gottardi, *L’evoluzione del diritto del lavoro e la CSR in Italia e in Europa*, Volume Guida critica alla RSI, coordinato da L. Sacconi, ABI., 2005.

G. Greco, *Sentenze della Corte e comunicazioni della Commissione : un’ulteriore forza (combinata) di obblighi e poteri amministrativi per gli Stati membri*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 1992, pag. 1320 e sgg.;

Greco N., *Consistenza, articolazione ed ambiguità della “regolazione”*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2004, fasc. 145-146, pag. 15.

Gribnau, *Legaliteit en legitimiteit : fiscale rechtsvorming in de democratische Rechtsstaat*, NTB, 2001/1, pag. 9.

Grossi P., *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, 2000, <http://www.grupposanmartino.it>, /Grossi.htm.

Grossi P., incontro del 19 marzo 2004, sul tema “Crisi della legge e processi di globalizzazione”, Università Federico II, Napoli.

Guastini R., *Teoria e dogmatica delle fonti*”, Giuffrè, Milano, 1998.

Hepple, B. (1997), *New Approaches to International Labour Regulation*, in *Industrial Law Journal*, vol. 26, no. 4, 353-366.

Hillgenber H., *A Fresh Look at Soft Law*, in *EJIL* 1999, pag. 502.

G. Howells, *Soft law in EC consumer law*, in *European Business law review*, vol.14, 2003, 1, pag. 312.

Chris Ingelse, “*Legge morbida?*”, in www.xsall.nl

Isaac, *Droit Communautaire Général*, quarta edizione, Parigi, 1994, p. 137-141.

J.P. Jacque, *Droit institutionnel de l’Union européenne*, Dalloz, Paris, 2004, pag. 493.

J. Jacque, *La pratique des institutions communautaires et le développement de la structure institutionnelle communautaire*, in paper for EUI Colloquium, Firenze, maggio 1986, pagg. 34,

K Jacobsson, *Between Deliberation and Discipline: Soft Governance in EU Employment Policy* in U Mörtz (ed.) *Soft Law and Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis* (Cheltenham, Edward Elgar, 2004).

K Jacobsson and A Vifell, *New Governance Structures in Employment Policy-making? Taking Stock of the European Employment Strategy*, in I. Linsenmanns, C. Meyer and W. Wessels (eds.), *Economic Governance in the EU* (Palgrave Macmillan, London, 2005).

K Jacobsson, *Soft Regulation and the Subtle Transformation of States: The Case of EU Employment Policy 2002/4*, SCORE (Stockholm, Stockholm Center for Organizational Research, 2002).

Kaczorowska, *EU Law Today*, 1998, p. 252.

Kenner J., “*Il Capitolo sull’Occupazione del Trattato di Amsterdam e le politiche della terza via : quali prospettive per la soft law?*”, in *Dir. rel. ind.* (1999), pag. 415.

Klabbers J., *The Concept of Treaty in International Law*, The Hague-London-Boston : Kluwer Law International, 1996.

Krausser, *Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages*, Duncker und Humblot, Berlino, 1991.

J. Lachs, *The Threshold in Law-Making*, in *Volkerrecht als Rechtsordnung, Internationale*

Gerichtsbarkeit, Menschenrechte, Festschrift für Hermann Mossler, Springer Verlag, Berlin, 1983

Ladeur K., *The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law. From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Interrelationships*, EUI Working Paper Law n. 99/3.

Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, Paris, 1894, vol I, pag. 411.

La Macchia C., *Profili della politica comunitaria in tema di occupazione*, in RGL, 200b, pag. 916.

La Spina A. – Majone G., *Lo Stato regolatore*, il Mulino, 1998.

Lauria, *L'Unione Europea, origine, sviluppi, problemi attuali*, Torino, 1996, p. 202.

La Valle, *Azione di impugnazione e azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in Jus, 1965, pag. 156 e sgg.

J. Lonzano Miralles, *La Carta de Niza y la “futura” Constitución europea : derechos fundamentales y garantías*, in *Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2005, Tomo I, pag. 1091 e sgg.

Louis, *L'Ordinamento Giuridico Comunitario*, Lussemburgo, 1993, p. 118-119.

Lyon-Caen, A. (2002), *The legal efficacy and significance of fundamental social rights: lessons from the European experience*, in *Social and Labour Rights in a Global Context*, Hepple, B., (2002), London:Cambridge University Press.

P. Maignette, *L'intégration par la coopération, un nouveau modèle de construction européenne ?*, *Le nouveau modèle européen* (dir.) P. Maignette, E. Remacle, vol. 1, ed. dell'ULB, Bruxelles, 2000, pagg. 25-29.

I Maher, *Law and the OMC: Towards a New Flexibility in European Policy-Making?* , 2004, 2, *Journal for Comparative Government and European Policy*, 2.

Marchisio S., *Gli atti di Rio nel diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, pag. 581.

Martinez T., *Diritto Costituzionale*, Giuffrè Editore, 1998..

N. Marzona, “*Il potere normativo delle Autorità indipendenti*”, in *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, pag. 86 sgg.

Mattera, *Il mercato unico europeo*, Torino, 1990, pag. 43 e sgg.

Meier, *Die « Mitteilung » der Kommission : Eine Instrument der Normensetzung der Gemeinschaft ?*, in Bahr-Kopf-Mailander, *Festschrift für Ernst Steindorf zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, Berlin-New York, 1990, pag. 1310 e sgg.

M. Melchior, *Les communications de la Commission. Contribution à l'étude des actes communautaires non prévus par les Traités*, in *Mélanges Fernand Dehousse*, Vol. 2, La Construction Européenne, ed. Labor, Bruxelles, 1979, pag. 249.

Mengozzi, *Il diritto della Comunità Europea*, cit. pagg. 121 e sgg.

Moavero Milanesi, *Partecipazione dello Stato nelle imprese e disciplina comunitaria degli aiuti pubblici*, in *Riv.dir. eur.*, 1990, pag. 529 e sgg.

Montgomery, D., (1996), *Labor Rights and Human Rights. A Historical Perspective*, in *Human Rights, Labor Rights, and International Trade*, Comp. L. A., Diamond, S. F. (1996), Philadelphia: University of Pennsylvania Press;

Morand A., *Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire*, CDE, vol. 6, 1970, n. 2, pag.629.

K. Mortelmans, *De rechtsbecherming bij pseudowetgeving in het Europees economisch recht*, SEW, vol 27, 1979, n. 1, pag.24-25.

S. Nicodemo, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, Padova, 2000, p. 141.

J.E. Nowaj – R.D. Rotunda – J.N. Young, *Constituzional Law*, West Publishing, St. Paul Minn, 1986, pagg 102 e sgg.; L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, New York,

1988.

O'Higgins, P. (2002), *The interaction of the ILO, the Council of Europe and European Union Labour standards*, in *Social and Labour Rights in a Global Context*, Hepple, B., (2002), London: Cambridge University Press.

Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.

N. Papaldo, *L'eccesso di potere amministrativo secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1959, pag. 33-93.

Perulli, A. (1999), *Diritto del Lavoro e globalizzazione: clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Padova: Cedam, pag. 261.

F. Piga e A. Segni, *Società e Borsa (CONSOB)*, in *Encicl. Del Dir.*, pag. 1032.

M. Plutino – A. Vuolo, *La competenza esclusiva*, in *Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2005, Tomo I, pag. 323 e sgg.

Pocar, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2001, p. 306-309.

Puissochet, in *L'élargissement des Communautés Européennes, présentation et commentaire du Traité et des Actes relatifs à l'adhésion du Royaume-Uni, du Danemark et de l'Irlande*, Parigi, 1974.

Raepenbusch, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, 1998, pag. 303.

Reale M.C., *Le comunicazioni interpretative delle Comunità europee*, in *Riv. dir. eur.*, 1993, pag. 507 e sgg.; Orlandi, *Le comunicazioni della Commissione: un atto normativo atipico*, *Riv. Amm.*, 1994, II, pag. 583 e sgg.

Ettore Ricciardi, Orsola Razzolini, *Distretti Industriali Globali tra Economia e Diritto del Lavoro: alcuni spunti di riflessione*, VII Workshop dei Docenti e Ricercatori di Organizzazione Aziendale Università degli Studi di Salerno, in *Organizzazione, Regolazione e Competitività*, 2006.

Roccella, M., Treu, T. (2002), *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova: Cedam.

S. Romano, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Spoerri, Pisa 1918.

Ross A. in *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965.

G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, Adelphi, Milano, 2003, pag. 96.

Rotter M., *Volkerrechtlicher Vertrag und außerrechtliche Abmachung*, in *Festschrift Verdross*, 1971, pag. 417.

Ruggeri A., in *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in Rp, X/18.

Rusciano, in Rusciano M., *A proposito del "Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia"* in www.unicz.it/lavoro, 2002.

Rusciano M. – Zoppoli L. (a cura di), “ *Diritto del mercato del lavoro*”, Esi, 1999

Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, pag. 149 e sgg..

Schachter O., in *The Twilight Existence of Nonbonding International Agreements*, in *American Journal of International Law*, 1977.

Armin Schäfer, la quale, nel suo articolo *Resolving Deadlock: Why International Organizations Introduce Soft Law*, Paper for the EUSA Ninth Biennial International Conference Austin, Texas, March 31-April 2, 2005

Schmitt von Sidow, *La place des communications dans la politique de la Commission : les objectifs poursuivis*, in AA.VV., *The 1992: Challenge at National Law*, Baden-Baden, 1990, pag. 667 e sgg

S. Schwebel, *United Nations resolutions, recent arbitral awards and customary international law*, in *Realism in Law-Making, Essays on International Law in honour of Willem Riphagen*, Nijhoff, The Hague, 1986, pagg. 203-210.

S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale*, Quaderni costituzionali, Il Mulino, 2004, pag. 281 e sgg.

S. Sciarra, *Parole vecchie e nuove : diritto del lavoro e occupazione*, in ADL, 199, pag 369.

P. Selznick, *The Moral Commonwealth*, University of California Press, Berkeley, 1992, pag. 463 e sgg.

L. Senden and S. Prechall, *Differentiation in and through Community Soft Law*, The Many Faces of Differentiation in EU Law, Intersentia Antwerpen-Oxford-New York, 2001.

L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004.

F. Snyder, *Soft law and Institutional Practice in the European Community*, in S. MARTIN, *The Construction of Europe: Essays in honour of Emile Noël*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1994.

Spadaro A., *Sulla "giuridicità" della Carta Europea dei diritti : c'è ma (per molti) non si vede*, in Ferrari G.F. (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano : Giuffrè, 2001.

S. Staiano, *I diritti fondamentali nelle giurisprudenze costituzionali e nelle prospettive dell'Unione Europea*, in *Il diritto costituzionale comune europeo*, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2002, Tomo I, pag. 133 e sgg.

C. Storini, *Garanzie dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, in *Il trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, a cura di M. Scudiero, Napoli, 2005, Tomo I, pag. 1007 e sgg.

S. Strange, *Chi governa l'economia mondiale?*, Il Mulino, Bologna, 1998.

Strozzi, *Diritto Istituzionale dell'Unione Europea, dal Trattato di Roma al Trattato di Amsterdam*, Torino, 1998, p. 185-187.

A. Tammes, *Soft law*, in *Essays on International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, Nijhoff, The Hague, 1983.

Tesauro, *Diritto Comunitario*, seconda edizione, Padova, 2001, p. 131-135.

Thürer, *The Role of Soft law in the Actual Process of European Integration*, in O Jacot-Guillarmod and Pescatore (eds), *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un Espace économique européen?* Schultess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1990, pag. 131.

Thurer D. , in *Soft law*, in *Encyclopedia of Public International Law*, vol.4, 2000, pag. 452

Thurer D. , in *Soft law eine neue Form von Volkerrecht*, in *Revue de Droit Suisse*, 1985.

A. Tizzano, in *La Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, E.Jovene, Napoli, 1967, pag. 17,

A. Tizzano, *La gerarchia delle norme comunitarie*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1996, pagg. 71-78.

A. Tizzano, *La hiérarchisation des normes*, in *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, 2000, pagg. 153-171.;

A. Tizzano, *La hiérarchie des normes communautaires*, in *Reflexion en torno al Tratado de Amsterdam y el futuro de la Union Europea*, 2000, pagg. 227-243.

Treves T., *Il diritto dell'ambiente a Rio e dopo Rio*, in *Riv. Giur. amb.*, 1993, pag. 577.

Triantafyllou, *Des compétences d'attribution au domaine de la loi. Etude sur les fondements juridiques de l'action administrative en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1997.

Tronti L., Sviluppo, "beni relazionali" e politiche occupazionali. La transizione del mercato del lavoro italiano al postfordismo, in *Dir. merc. lav.*, 2001, p. 360.

D.M.Trubek, P. Cottrel and M.Nance, "*Soft law*", "*Hard Law*" and *European Integration: Toward a Theory of Hybridity*", Jean Monnet Working Paper 2/05, New York, 2005.

G. Vandersanden e A. Barav, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, 1977, pag. 201.

G. Vandersanden, *Le droit communautaire*, in “La responsabilité des Etats Membres en cas de violation du droit communautaire”, M.Vandersanden e M.me dony, Bruylant, 1997, p.15.

P. van Dijk, in *The Final Act of Helsinki. Basis for a Pan-European System?*, NYIL, 1980, pagg. 97-124.

Verdross A. e Simma B., *Universelles Volkerrecht*, 1984, pag. 1309.

Viscomi, *Modelli normativi e prassi contrattuali nei mercati del lavoro locali*, in *Dir. merc. lav.*, 2001, p. 393.

Viola F., Zaccaria G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

Violini, in Convegno, *V Giornate di diritto italo-spagnolo*, Ravello, 21-22 settembre 2006, Università Federico II, Napoli.

M. Virally, *La distinction entre textes internationaux de portée juridique*, in *Annuire de l’Institut de Droit International, Session de Cambridge*, vol. 60-I, Pedone, Paris, 1983.

Wachsmann, *Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour*, Europe, Gennaio 1993, chr. 1.

Weil P., *Towards relative Normativity in International Law?* In *American Journal of International law*, 1983.

Wellens K. C., and Borchardt G. M., “*Soft law in European Community law*”, *European Law Review*, 1989, Vol. 14.

Wengler, *JZ*, 1976.

M. Wilke, H. Fallace, *Subsidiarity: Approaches to Power-sharing in the European Community*, RIIA, Discussion Paper, 27, The Royal Institute of International Affairs, London, 1990

G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 2003

Zagrebelsky G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984;

S. Zamagni, 2003, "L'impresa socialmente responsabile nell'epoca della globalizzazione", in E. D'Orazio, p. 35.

Zanghì, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2000, p. 247-248.

G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, pag. 311 e sgg.

Lorenzo Zoppoli e Paola Saracini, Università degli Studi di Catania Facoltà di Giurisprudenza, 2004, *I contratti a contenuto formativo tra "formazione e lavoro" e "inserimento professionale"*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" N. 34/2004.